3

POR

DON DIEGO DE ZVÑIGA CARDENAS Y AVELLANEDA, CONDE DE MIRANDA, Y DVQVE DE PEÑARANDA,

CON

D. RAYMVNDO DE ALENCASTRO Y CARDENAS, DVQVE DE AVERO,

Y

DON ANTONIO DE CARDENAS MANRIQVE DE LARA, MARQVES DE CAÑETE,

Y

CONSORTES:

SOBRE

La Tenuta del Estado, y mayorazgo de Maqueda, que fundaron D. Gutierre de Cardenas, Comendador mayor de Leon, Mayordomo mayor que fue de los señores Principe, y Princesa, Archiduques de Austria; y D. Teresa Enriquez su muger, en virtud de facultad de los señores Reyes Catolicos, su fecha de 28. de Enero de 1503.

En Madrid, Por Diego Diaz de la Carrera, Año 1663.



Nuestra Señora dela Soledad de la Victoria de Madrid

1 Retende el Conde de Miranda, que por muerte del Duque Don Franciſco de Cardenas, ſexto Duque que fue de Maqueda, ſin hijos, ni deſcendientes varones, ni auer quedado otro ningun deſcendiente varon por linea maſculina del Adelantado Don Diego de Cardenas, hijo primogenito de los fundadores, ſe trãſfiriò la poſſeſsion ciuil, y natural de dicho Eſtado en el Conde Don Franciſco de Zuñiga y Cardenas ſu padre, y que por ſu muerte ſe transfiriò en èl, en cuya cõformidad ſe ha de declarar aſsi, y darle la Tenuta, y actual poſſeſsion del dicho Eſtado, y Mayorazgo, ſu grandeza, y agregados.

2 Las clauſulas de la fundacion de eſte Eſtado y mayorazgo ſe han impreſſo, y ajuſtado de conformidad de las partes, y anſi, por no dilatar eſte papel, nos remitirémos a ellas en todo lo que fuere neceſſario para el ajuſtamiento de la verdad del hecho, y juſtificacion de la pretenſion del Conde, la qual ſe diuirà, y fundarà en los tres articulos ſiguientes.

3 En el primero ſe harà demonſtracion, que el Conde de Miranda, que litiga, tiene probada ſu filiacion, y aſcendencia, y ſer quarto nieto de Doña Maria de Cardenas, Condeſa que fue de Miranda, hija legitima de los fundadores, y que deſciende de la ſuſodicha, de varon en varon, ſin interpoſicion de hembra.

4 En el ſegundo, que luego que muriò Don Franciſco de Cardenas, ſexto Duque de Maqueda, arbol, num. 29. ſin hijos, ni deſcendientes varones, ſe transfiriò la poſſeſsion ciuil, y natural de eſte Eſtado en Don Franciſco de Zuñiga y Cardenas, padre del Conde Don Diego, que litiga, y que por ſu muerte ſe transfiriò en èl, y que ſe le ha de dar la Tenuta, y actual poſſeſsion de dicho Eſtado, ſin que le puedan hazer

competencia el Duque de Averò, ni el Marques de Cañete.

5 En el tercero se fundarà, que el llamamiento de D. Maria de Cardenas, y el de sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, no caducò, por auer sobreuiuido el Adelantado Don Diego de Cardenas a los fundadores, y muerto con hijos, y se responderà a los fundamentos que por parte del Duque de Avero, y Marques de Cañete se oponen en contrario.

ARTICVLVS PRIMVS.

Pruebase la filiacion, y ascendencia de los Condes de Miranda, Duques de Peñaranda, Don Francisco de Zuñiga, y Don Diego de Zuñiga y Cardenas su hijo, que al presente litiga.

ES tan notoria esta filiacion, y ascendencia hasta los mismos fundadores, que no necessitaua de otra calificacion, que la misma notoriedad; y el auer dicho contra ella la parte del Marques de Cañete, solo pudo ser pretexto, ò duda afectada (assi la llama el authentico de Tabellionibus, §. 3. ibi: *Tamen suscipere quandam solicitam dubitationem*) para dilatar la determinacion de esta causa, por hallarse administrando el Estado de Maqueda, cuya Tenuta ha de determinar el Consejo; y esta es presuncion legal cõtra los que se hallan posseyendo, por el vtil de conseruarse en la possession, y percepcion de las rentas del Estado, Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 69. num. 18. ex l. 3. §. ex contrario, ff. de adquir. possess. Abb. in cap. gravis, de restitut. spoliat. num. 30. Posth. obseru. 57. num. 59. in fine, ibi: *Est enim possessionis retentio, lucri species, in qua materia, semper præsumitur*

tur adesse animus, & voluntas, lucrari debentes.

7 Bien califica esta verdad el averse contradicho asimismo por parte del dicho Marques de Cañete (despues de la muerte del Conde de Miranda Don Francisco de Zuñiga) la filiacion del Conde D. Diego de Zuñiga su hijo, no obstante que presentò para su legitimacion la clausula del testamento del dicho su padre, en que le instituyò por su heredero, y que avia sucedido en los Estados de Miranda, y Peñaranda, y los estava posseyendo pacificamente, con la grandeza de que goza, lo qual obligò al Consejo, sin dar lugar à dilacion alguna, à proveer Auto, por el qual dixo: *Declarase por notorio el Articulo de la filiacion de Don Diego de Zuñiga Cardenas y Avellaneda, Conde de Miranda, Duque de Peñaranda; Traigase este pleyto en difinitiva al Consejo.*

8 Que mayor reconocimiento en la suma justificacion del Consejo, de que la contradicion hecha à la dicha filiacion, era torcedor afectado, y duda solicitada? como dize el authentico referido, *Tamen suscipere quandam solicitam dubitationem?*

9 Et inde est, quod in similibus casibus, factum notorium, per negationem non efficitur dubium, si negatio non est probabilis, vt inquit Felinus in capite si Clericus in principio, ita intelligens, quod dicit glossa 1. in capite veniens, de renuntiatione, quod negatio efficit rem dubiam, D. Valenç. cõs. 42. num. 24. cum ibi notatis.

10 Pero esta misma filiacion, y ascendencia, que es notoria, y que a la vista del pleyto se assentò por llana en el Consejo, se califica por testigos, por instrumentos, y por historias.

Pruebase

11 EN la segunda, y tercera preguntas del interrogatorio del Conde de Miranda Don Francisco de Zuñiga se articulò, que fue hijo legitimo de Don Diego de Zuñiga; y que el dicho D. Diego lo fue del señor D. Iuan de Zuñiga, Conde de Miranda, y Presidente que fue del Consejo, abuelo del dicho Conde D. Francisco, que fue padre del Conde Don Diego, que litiga. Ambas preguntas las concluyen de conocimiento, trato, y comunicacion; el señor Don Fernando de Borja, Cavallerizo mayor de su Magestad, y de su Consejo de Estado; Don Pedro de Rojas, Conde de Mora, del de Italia, y Mayordomo de la Reyna nuestra Señora. Don Fernando de la Cerda, del Consejo de Guerra, y Mayordomo asimismo de la Reyna nuestra Señora. D. Tomas de Orantes, Contador de su Magestad, D. Francisco de Sossa, Capellā de su Magestad, y otros muchos testigo, como parece de la probança hecha en esta Corte, y de la que se hizo en Peñaranda, que està en pieza aparte.

12 En la quarta pregunta se articulò, que el dicho Señor Conde Presidente Don Iuan de Zuñiga, fue hijo del Conde Don Francisco de Zuñiga, bisabuelo del dicho Conde Don Francisco, padre del Conde D. Diego, que litiga, y en ella el Conde de Mora depone de oydas particulares a su padre, y generales a otras muchas personas, y de publico, y notorio, y que le tratò como à tal hijo del dicho Conde Don Francisco: El señor Don Fernando de Borja depone, que le tratò como hijo del dicho Conde don Francisco, y de publico, y notorio. Don Francisco de Sossa, de oydas al Duque de Lerma, y a otras personas. Y en la probança que se hizo por parte del Duque Don Francisco en la dicha Villa de Peñaranda, deponen el Lic. Francisco

Baez Presbitero, Prior de la Iglesia Colegial de dicha villa, de ochenta años. Diego Andres, de setenta y cinco. Pedro Ortega, de setenta y quatro. Alonso Calvo Gomez, de sesenta y dos. Martin Pariente, de sesenta, de oidas a sus padres, y abuelos, y que como tal hijo del dicho Don Francisco de Zuñiga fue comunmente reputado y que lo mismo oyeron a otros mayores, y mas ancianos, sin auer oido cosa en contrario.

13 Don Tomàs de Vitoria, Abad de dicha Iglesia Colegial, de edad de sesenta y seis años, la depone ansimismo de noticias particulares, y por auerlo visto por escrituras autenticas, y estatutos que hizo para el Hospital que fundò en la dicha villa de Peñaranda D. Maria de Cardenas, madre del dicho Conde D. Francisco.

14 Y Don Francisco de los Herreros, de cinquenta y siete años, Arcediano de dicha Iglesia, depone lo mismo, por las noticias que tiene del testamento de los Condes de Miranda, en que le instituyen por heredero, como a hijo; y de oidas particulares el Abad de Saldaña.

15 En la pregunta 5. se articulò ser el dicho Don Francisco de Zuñiga, hijo legitimo de la Condesa de Miranda Doña Maria de Cardenas, hija que fue de los fundadores, y en ella deponen en la forma que en la pregunta 4 de oidas, el Conde de Mora, y los demàs testigos de la probança hecha en Peñaranda, que quedan referidos sup. num. 12. 13. y 14.

16 Y en la pregunta 6. se articulò el vltimo grado, de que Doña Maria de Cardenas fue hija legitima del Comendador Don Gutierre de Cardenas, y de Doña Teresa Enriquez su muger, en la qual depusieron al tenor de la pregunta testigos de oidas generales, en la probança hecha en Peñaranda; y con-

cluyen, que por las razones que dexan referidas saben, que Don Francisco de Zuñiga, padre del Conde de Miranda, que litiga, fue tercer nieto de Doña Maria de Cardenas, y de Don Francisco de Zuñiga su marido, y que la dicha Doña Maria de Cardenas, Condesa de Miranda, fue hija del Comendador Don Gutierre de Cardenas, fundador del Estado de Maqueda.

17 Y es conclusion cierta, que esta probança de la filiacion, y ascendencia del Conde Don Francisco de Zuñiga, padre del que litiga, es legal, y concluyente, respecto de que los testigos deponen de vista, trato, y conocimiento de los grados, y personas que conocieron, y pudieron alcançar; y de oidas de las que no pudieron conocer, ni tratar, y ser los testigos de mucha edad, y fidedignos, ex text. in cap. licèt ex quadam, de testibus, vbi Doctores notant, Farinac. de testibus, quæst. 69. num. 103. & in num. 104. assienta, que esta conclusion non solum procedit, si agatur de probanda consanguinitate in causa matrimoniali, sed etiam si agatur de succesione, & hæreditate, Aymon Crauet. de antiquitat. tempor. part. 1. sectione *Viso de fama*, num. 5. post Corn. quem allegat. Mascard. de probat. conclus. 410. n. 18.

Pruebase la filiacion por papeles.

18 Hasta el señor Conde de Miranda Don Iuan de Zuñiga, Presidente que fue del Consejo, deponen de vista, y conocimiento los testigos referidos de la probança que hizo el Conde Don Francisco de Zuñiga su nieto, padre del Conde Don Diego, que litiga, cuya filiacion tiene declarada por notoria el Consejo en el auto referido, sup. num. 7. desde el señor Conde Presidente hasta los fundadores, se verifica la ascendencia del dicho Conde Don Diego por pa-

papeles autenticos, en la forma siguiente.

19 Calificase, que el señor Conde Presidente fue hijo de don Francisco de Zuñiga, y Doña Maria Bazan su muger, que estàn en el Arbol, num. 9. por vna escritura de concordia, hecha entre el dicho señor Conde Presidente, y la villa, y tierra de Montilla, en razon de cierta demanda que intentò la Villa contra el dicho Conde don Francisco de Zuñiga, y en la dicha concordia le llama *su Padre*, otorgada por Abril del año de 1575. ante Diego Martinez, Escrivano publico, y del Numero de la Villa de Peñaranda, que està en la pieza segunda de instrumentos.

20 Tambien se prueba la dicha filiacion de vnas capitulaciones matrimoniales, otorgadas por el casamiento que contraxo el Conde de Miranda D. Pedro de Zuñiga, Arbol, num. 16. hermano del dicho señor Conde Presidente, con doña Iuana Pacheco, las quales otorgò el dicho Conde don Francisco de Zuñiga, como padre del dicho don Pedro de Zuñiga, en la Ciudad de Valladolid en 16. de Setiembre de 1554. ante Christoval de Perales Escrivano publico, que estàn en la dicha pieza segunda de instrumentos.

21 Pruebase asimismo la dicha filiacion por vna escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada por D. Iuana Pacheco, Condesa de Miranda, muger del dicho Don Pedro de Zuñiga (que à la sazon era ya difunto) como madre, y tutora de D. Maria de Zuñiga su hija mayor, y por el dicho señor Conde Presidente, para el casamiento que contraxo con la dicha Doña Maria de Zuñiga su sobrina, hija del dicho don Pedro de Zuñiga su hermano, ante Diego Martinez Escrivano publico, y del Numero de Peñaranda, en 9. de Enero de 1573.

22 Y aunque se redarguyeron los dichos instumen-

mentos, otorgados ante el dicho Diego Martinez, se comprobò su legalidad en la pregunta nona, en que depusieron, el Lic. Francisco Baez Presbitero, Prior de la Colegial de Peñaranda, de edad de ochenta años, de la legalidad, y credito del susodicho, y de sus instrumentos, y de la similitud de su signo, y firma, cõ otros que viò, y otros muchos testigos; fuera de que siendo, como son, dichos instrumentos tan antiguos (que ay instrumento que excede de cien años de antiguedad) el que los redarguye, aunque niegue el que huviesse el Escrivano ante quien estan otorgados, lo deve verificar, y probar; y sino lo haze quedan con su entero credito, Bald. in l. comparationes, columna penultima, C. de fide instrum. Gregor. Lop. in l. 115. tit. 18. p. 3. gloss. verb. *Non debe*, D. Covarrub. practicar. cap. 21. num. 7. Azeved. in l. 1. num. 140. tit. 21. lib. 4. Recop. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 78. num. 11. Gratian. discept. for. cap. 554. num. 35. D. Valenç. Velazq. cons. 105. à num. 17.

23 Maximè, estando como estamos, en vn juizio de tenuta, en el qual notat Paz de tenuta, cap. 2. num. 31. quod instrumenta producta non possunt impugnari, nisi ex evidenti falsitate, vt docet Capic. decis. 55. num. 8. ad finem, & alij relati à Covarrub. pract. cap. 17. num. 4. vers. Nono.

24 Para verificacion de que el dicho D. Francisco de Zuñiga, padre del señor Conde Presidente, fue hijo de la Señora Condesa de Miranda Doña Maria de Cardenas, y de Don Francisco de Zuñiga sus padres, Arbol, num. 3. està presentado vn traslado autentico del testamento, que otorgaron los dichos Condes don Francisco, y doña Maria, ante Lorenço de Figueroa, Escrivano Real, y publico de la Villa de Torrijos, en el año de 1538. que està en la pieza primera de escrituras, por el qual consta, que despues de la

muer-

muerte de dichos Condes, se abriò ante la justicia ordinaria de esta villa. Y Bernardino de Rojas, Escriuano del Numero de ella, a instancia del dicho D. Francisco de Zuñiga, como hijo de los dichos Condes de Miranda, auiendo precedido informacion de la muerte de los susodichos, y examinado los testigos instrumentales, que se hallaron entonces presentes, que fueron Rodrigo de Lujan, el Licenciado Gregorio del Castillo, vezinos de esta Corte, y Don Bernardino de Cardenas, Marques de Elche, y Iuan de Avellaneda, los quales debaxo de juramento reconocieron sus firmas, y que se hallaron presentes al otorgamiento de dicho testamento en la villa de Torrijos ante el dicho Lorenço de Figueroa, Escriuano publico de dicha Villa; y este traslado se sacò ante Diego Martinez, Escrivano publico (cuya legalidad està comprobada a la 9. pregunta del Interrogatorio del Conde Don Francisco de Zuñiga, como queda dicho) por el qual testamento parece, que con facultad Real acrecentaron diferentes bienes a su mayorazgo antiguo de Avellaneda: y en èl fundaron ansimismo otro de sus bienes libres en D. Gutierre de Cardenas su hijo segundo: y en diferentes clausulas de dicho testamento llaman *Hijo* al dicho D. Francisco de Zuñiga.

25 Tambien se prueba por vn traslado de los Estatutos, y Ordenanças que hizo el dicho Conde Don Francisco de Zuñiga, padre del dicho señor Conde Presidente, como Patron del Monasterio de la Concepcion, que fundaron los dichos Condes Don Francisco de Zuñiga, y Doña Maria de Cardenas sus padres en la villa de Peñaranda por su testamento, en virtud de Bula Apostolica, y consentimiento del Padre Ibarra, Prouincial, y Superior del dicho Convento, ante Francisco de Alvarado Valle,

Notario Apostolicò, el año de 1558. y dicho traslado se sacò ante el dicho Diego Martinez, Escriuano publico, y del Numero de Peñaranda.

26 Pruebase por otro traslado de Estatutos, q̃ como Patron hizo el dicho Cõde D. Francisco, padre del señor Conde Presidente, para vn Hospital que los dichos Condes sus padres fundaron en la dicha villa de Peñaranda, con titulo de nuestra Señora de la Piedad, el año de 564. ante el dicho Diego Martinez, y el traslado se sacò ante Francisco de Herrera, Escriuano Real de Valladolid.

27 Pruebase ansimismo con otro traslado autentico de vnas declaraciones de dichos Estatutos del dicho Hospital de la Piedad, hechas por el mismo Conde Don Francisco, padre del señor Conde Presidente, el año de 564. cuyo traslado se sacò ante Francisco de Herrera Escriuano publico, en el qual llama el dicho Conde Don Francisco, *Padres*, a la dicha Condesa de Miranda D. Maria de Cardenas, y a D. Francisco de Zuñiga su marido.

28 Y estando llamado, y declarado en dicho testamento, y instrumentos, dicho don Francisco de Zuñiga, por hijo de los dichos Condes de Miranda, doña Maria de Cardenas, y don Francisco de Zuñiga, ò instituidole por su heredero, refiriendole afirmativamente por tal, y el à ellos por sus padres, no es dudable, que dichos instrumentos comprueban la filiacion que se afirma, y refiere en ellos, comprobat D. Molin. lib. 1. cap. 17. de primogen. num. 28. refiriendo la l. Lutius 45. vbi gloss. verb. *Ad matrem*, ff. de vulg. & probatur, ex l. nominis, & rei, §. verbum ex legibus, ff. de verb. significat. Mieres de maiorat. part. 1. q. 15. num. 26. Menoch. cons. 95. à num. 36. Greg. Lop. in l. 32. verb. *Torcida*, tit. 11. p. 5. Gutierr. lib. 3. pract. q. 17. num. 64. Scobar de purit. sanguin. part. 1. quæst. 15. §. 1. num. 12. 14. & 25.

Et

29 Et adhuc, en las palabras nō assertivas, sino enunciativas, & relatis ad alium finem (como las enūciativas de parentescos en instrumētos, en que no era necessario referirlos) verba enuntiativa filiationis, vel consanguinitatis, probant in instrumentis antiquis, ex leg. census, leg. si arbiter, ff. de probat. cap. cum olim, de censib. & cap. cum causam, vbi Bald. de probat. lo qual dizen los Doctores que procede, etiam in præiudicium tertij, non comprehensi in instrumento, ex Bald. in dict. cap. cum causam, de probat. Mier. de maiorat. 4. part. quæst. 10. num. 309. Greg. Lop. in l. 115. tit. 18. p. 3. Rodrig. Xuar. alleg. 6. nu. 11. Menoch. de arbitrar. casu 255.

30 Y basta la enunciativa de dos instrumentos antiguos, en que se refiera la filiacion, para que esta se tenga por probada bastantemēte, ex notatis per Doctores in dict. cap. cum causam, iuncta gloss. verb. *Per libros antiquos*, de probat. Alexand. cons. 90. col. 3. volum. 3. Menoch. de arbitr. casu 89. num. 84. latè comprobat D. Valenç. cons. 105. a num. 16. Scobar de purit. part. 1. quæst. 8. §. 4. num. 44. & quæst. 15. §. 3.

31 Y vno de los fundamentos que ponderan, es, que en materias antiguas basta por probança la que resulta de indicios, y congeturas, leg. inditia, C. de rei vindicat. cap. cū causam, de probat. Bald. in l. cum super, num. 2. C. de reivindicat. D. Valenç. dict. cons. 105. à numer. 10. Scobar de puritat. dict. quæst. 15. §. 3. à num. 8.

32 Imò, quod publica vox, & fama, cum adminiculis, basta para probar la filiacion in antiquis, por el texto, in cap. licet ex quadam, de testib. Corn. cons. 56 num. 7. lib. 1. Mascard. de probat. conclus. 104. num. 19. Fabio de Anna cons. 110. num. 52. lib. 2. Garcia de nobilit. gloss. 18. §. 1. num. 6. Farinac. quæst. 69. num. 103. & 104. de testibus.

Y aun

33 Y aunque el testamento de dichos Condes de Miranda don Francisco de Zuñiga, y Doña Maria de Cardenas, otorgado ante el dicho Lorenço de Figueroa, se redarguyò de falso, se comprueba, no solo con los quatro testigos instrumentales, que se hallaron entonces presentes, los quales se examinaron quando se abriò el dicho testamento ante Bernardino de Rojas, Escrivano del Numero de esta Villa de Madrid, que reconocieron sus firmas, y que se hallaron presentes al otorgamiento del dicho testamento en la dicha Villa de Torrijos, sino asimismo con la deposicion de Don Luis de Arroyo, de sesenta años de edad, vezino de Torrijos, que depone, que en el tiempo del otorgamiento de dicho testamento, avia en la dicha villa vn Escrivano, que se llamava Lorenço de Figueroa, y que ha visto muchas escrituras otorgadas ante el, y firmadas de su nombre; y aunque otros testigos de dicha Villa deponen, que nunca supieron que huviesse tal Escrivano, deponen de negativa; y el no averlo sabido ellos, no puede excluir la verdad de dicho instrumento, ni contrastar las deposiciones de dichos quatro testigos instrumentales, que se hallaron presentes, y lo fueron del otorgamiento de dicho testamento.

34 Y no obstante, que dicho testamento està redarguido, basta para su calificacion, que con probança de testigos conste (como consta) de la misma filiacion, que en el se refiere, ex doctrina Bart. in l.2. §. tamen, ff. de bonor. possess. secundum tab. *Quia duæ species probationis, etiam diversæ, scilicet, diversi generis, vt puta testium, & instrumenti, iunguntur ad implementum vnius*, cap. auditis, vbi Anton. de But. num. 7. de in integ. restit. Bald. in l. 3. §. eiusdem quoque in 2. n. 2. de testibus, Iason alios allegans in repetitione legis admonendi, de iur. iur. num. 257. Boer. cons. 4. num. 105. Menoch. lib. 2. de arbitr. iud. casu 89. num. 66.

præ-

præcipuè in antiquis, D. Valenç.conſ.105.num.46. Imò ſufficit, quod ex alijs inſtrumentis eadem comprobetur filiatio, Surd.conſ.535.num.3.&4.&cõſ. 173.num.54. Doctores in l.iubemus, C.de probat.& ibi gloſſ. Pareja de inſtrum.edit.titul.1.reſol.3.§.2. num.32.

35 Quid ergo dicemus in præſenti caſu, en que no ſolo tiene por ſi el dicho inſtrumento la autoridad que le aſsiſte, por ſer autentico, y de mas de ciento y treinta años de antiguedad, ſino que aviendoſe abierto ante Bernardino de Rojas, Eſcrivano del Numero de eſta Corte, reconocieron ſus firmas quatro teſtigos inſtrumentales, que lo fueron del dicho teſtamento, y que ſe hallaron preſentes à ſu otorgamiento, y que en eſte miſmo teſtamento ſe halla vna agregacion hecha al mayorazgo antiguo de Avellaneda, en virtud de facultad Real: y hecha aſsimiſmo otra fundacion de mayorazgo de bienes libres, à favor del hijo ſegundo de dicha Condeſa de Miranda; todo lo qual eſtà exiſtente, y gozando la agregaciõ el poſſeedor de la Caſa, y mayorazgo de Avellaneda; y el otro mayorazgo el ſuceſſor del hijo ſegundo de dicha Doña Maria de Cardenas; y que en los demas inſtrumentos referidos, y probança de teſtigos ſe califica la miſma filiacion.

36 Tambien ſe prueba, que la dicha Condeſa de Miranda Doña Maria de Cardenas fue hija de Don Gutierre de Cardenas, y Doña Tereſa Enriquez, fundadores, por la miſma fundacion de eſte Eſtado, (inſtrumento comun en que ſe fundan las partes) en la qual como a hija legitima la llaman a la ſuceſsion de eſte Eſtado, como parece de la clauſula 2.§.9.ibi: *Que herede el dicho mayorazgo Doña Maria de Cardenas, Condeſa de Miranda, nueſtra hija legitima.*

Pruebase la misma filiacion, y ascendencia por las Historias.

37 Que la Condesa de Miranda Doña Maria de Cardenas, muger de Don Francisco de Zuñiga, arbol, num. 3 fuesse hija de D. Teresa Enriquez, y Don Gutierre de Cardenas, fundadores de este Estado, lo dize el Traductor del libro intitulado *Carro de las Donas*, que se imprimiò en Valladolid el año de 1542. el qual en el lib. 3. cap. 25. en que trata de las acciones, y vida exemplar de D. Teresa Enriquez, madre de la susodicha, dize asi: *Y a esta señora Doña Teresa diole Dios dos hijos, y vna hija: El vno, el señor Duque de Maqueda, que aora es: Y el otro se llama Don Alonso Enriquez de Cardenas, el qual muriò de la caida de vn cavallo quando casò el Principe Don Iuan nuestro señor. Tuvo esta señora vna hija, la qual es la señora Condesa de Miranda, que aora vive.* De suerte, que ha 121. años que està impressa la razon de este casamiẽto por vn Autor, que vivia en aquel tiẽpo, en que refiere tuvieron por hija a la dicha Condesa de Miranda.

38 Lo mismo se califica por lo que refiere el Doctor Salazar de Mendoza en el lib. 4. cap. 1. de las Dignidades de Castilla, donde dize asi: *Fue Don Gutierre señor de Maqueda, por merced de los Reyes, comprò del Cabildo de la Santa Iglesia de Toledo las villas de Torrijos, y Alcabon: casò con D. Teresa Enriquez, hija del Almirante Don Alonso Enriquez, y tuvo de ella a Don Diego, que le sucediò, y fue el primer Duque de Maqueda: A D. Maria de Cardenas, muger de Don Francisco de Zuñiga, tercer Conde de Miranda.* Y refiere ansimismo, como dicho Conde de Miranda Don Francisco de Zuñiga tuuo el puesto de mayordomo mayor de la Señora Emperatriz

ratriz D. Isabel, y que fue de los Consejos de Estado, y Guerra, y Cavallero de la Orden del Toyson de Oro.

39 Que dicho Conde Don Francisco de Zuñiga tuviesse por hijo primogenito a Don Francisco de Zuñiga y Avellaneda, quarto Conde de Miranda, arbol, num. 9. consta de esta filiacion de lo que escriviò el año de 1600. Don Fray Prudencio de Sandoval, Obispo de Pamplona, y Coronista de su Magestad, en la descendencia de la Casa de Zuñiga, que anda impressa en la Cronica del señor Emperador Don Alonso el Septimo, donde dize estas palabras: *Don Francisco de Zuñiga, Conde de Miranda, mayordomo mayor de la Emperatriz, fue Visorrey de Navarra, y ganò la villa de Maya de los Franceses, y fueron sus hijos Don Francisco de Zuñiga, y otros que nombra luego.*

40 Que el dicho Don Francisco de Zuñiga, arbol, num. 9. que casò con Doña Maria Baçan, tuviesse por su hijo segundo al señor Don Iuan de Zuñiga y Baçan, Presidente que fue del Consejo, primer Duque de Peñaranda, Virrey, y Capitan General del Reyno de Napoles, arbol, num. 15. consta de lo que pondera Salazar de Mendoza, lib. 3. cap. 28. de las Dignidades de Castilla, ibi: *D. Maria de Baçan, que casò con Don Francisco de Zuñiga, Conde de Miranda, fue su hijo, y sucessor Don Iuan de Zuñiga y de Baçan, Duque de Peñaranda, Marques de la Bañeza, Conde de Valduerna, Virrey de Napoles, y Presidente de Castilla.* Y en el mismo lugar refiere dicho Autor, que por quitar diferencias con su sobrina, hija de su hermano D. Pedro de Zuñiga, sobre el Estado, casò con ella con dispensacion.

41 Que fuesse hijo del dicho señor Conde Presidente Don Iuan de Zuñiga, Don Diego de Zuñiga, arbol, num. 28. y que de este fuesse hijo Don Fran-

cis-

cisco de Zuñiga, Conde de Miranda, y Duque de Peñaranda, padre del Duque Don Diego de Zuñiga y Cardenas, que litiga, y todos los demàs grados que en esta linea quedan referidos, lo certifica ansimismo D. Ioseph Pellicer de Tovar, Cronista mayor de su Magestad, por certificacion que està en los autos, en que dize: *Que toda la dicha linea es cierta, y notoria, assi en las historias referidas, como en otros libros, que hablan de los linages de Castilla.*

42 Y es cierto, que conforme a derecho se dà credito a las historias, ex l.1.ff.de offic. Præfect. Prætor.ibi: *A quibusdam scriptoribus traditum est*, l.1.ff. de offic.Quæst.ibi: *Et Iunius, & Trebatius, & Fenestela* scribunt, facit text.in cap.cum causam, de probationibus, gloss.in cap.inter dilectos, de fide instrumentorum, Menoch.cons.378.a num.8.Castill.cap. 89.num.200.lib.5. Y como refiere de Ciceron Marquez en el Governador Christiano, lib.1.cap.4.§.2. *Historia est testis temporum, lux veritatis, vita memoriæ, magistra vitæ, nuntia vetustatis.*

ARTICVLVS SECVNDVS.

43 Este articulo segundo mira a calificar, que por muerte del Duque D. Francisco de Cardenas, descendiente varon agnado del Adelantado Don Diego de Cardenas, sexto Duque que fue de Maqueda, sin hijos, ni descendientes, se trãsfiriò la possession ciuil, y natural en el Conde de Miranda, Duque de Peñaranda Don Francisco de Zuñiga, tercer nieto de la Condesa de Miranda Doña Maria de Cardenas, hermana del dicho Adelantado, y que por muerte del dicho Conde Don Francisco se transfiriò en el Conde Don Diego de Zuñiga y Cardenas, que litiga, quarto nieto de la dicha Condesa Doña Maria.

Y su-

44 Y supuesto que la pretension del Conde de Miranda se ha de justificar de la misma fundacion de este estado, y de la formalidad con que en las Clausulas della se fue graduando a los llamados, se referirã las que miran a su justificacion, vnas por mayor, remitiendonos a las mismas Clausulas impressas, y otras à la letra.

Clausula 2. §. 3. 4. & 5.

45 Por la Clausula 2. §. 3. 4. & 5. està llamado à la sucession de este estado, y de otro mayorazgo segũdo, que assimismo fundaron Don Gutierre de Cardenas, y Doña Teresa Enriquez su muger, de la Casa de Ocaña, y otros bienes, el Adelantado Don Diego de Cardenas, para que lo goze todo, como si fuera vn solo mayorazgo, con calidad, que despues de sus dias se dividan, y suceda en el dicho mayorazgo segundo Don Gutierre de Cardenas, hijo segundo del dicho Adelantado (siendo vivo al tiempo de la muerte del dicho su padre) y que en el Estado de Maqueda suceda Don Bernardino de Cardenas, hijo mayor del Adelantado (siendo vivo al tiempo del fallecimiento de dicho su padre; y no siendo vivos los susodichos, estan llamados sus hijos legitimos mayores varones de los dichos Don Bernardino, y Don Gutierre (*falleciendo en vida del dicho Adelantado*) y no dexando hijos varones, està llamado el hijo mayor que quedare del Adelantado, para la sucession de Maqueda: y el hijo segundo del susodicho, para el mayorazgo segundo.

Clausula 2. §. 6.

46 En el §. 6. si el Adelantado al tiempo de su muerte dexare vn hijo legitimo varon, y no mas, ni

dexare nieto varon de otro hijo por linea masculina, aunque dexe hijas, ò nietos de ellas, en tal caso disponen, que suceda en los dos mayorazgos el dicho vn hijo varon.

Clausula 2. §. 7.

47 Y por el §. 7. se dispone, que dexando el hijo, ò nieto del Adelantado, en quien concurrieron los dichos dos mayorazgos, juntamente, dos hijos varones, ò hijo, ò nietos varones, hijos de hijos, que se dividan los mayorazgos, conviene à saber, el hijo mayor, ò nieto hijo de el, en su defecto, en el mayorazgo mayor, y principal, y el segundo mayorazgo, en el hijo segundo, ò en el nieto, hijo de dicho hijo segundo: y que cada y quando que el hijo mayor que aya de suceder en el mayorazgo principal falleciere sin dexar hijo varon en su lugar, finque por sucessor del dicho mayorazgo principal el hermano luego siguiente de el, è suceda en el dicho mayorazgo segundo, el otro tercero hermano siguiente del dicho segundo: è por esta orden vaya para siempre jamas.

Clausula 2. §. 8.

48 En el §. 8. disponen los fundadores, que si los dichos mayorazgos sucedieren en hijas, *por las reglas de este mayorazgo, que de suso seràn declaradas*, no se diuidan en dos hijas, sino que ambos los herede la hija mayor, y en su defecto su hijo mayor varon, segun que por este dicho mayorazgo serà declarado. Y luego dize la clausula: *Los quales dichos bienes, assi del mayorazgo del dicho Don Bernardino, como del dicho Don Gutierre, damos, y donamos al dicho Don Diego de Cardenas, Adelantado mayor de Granada, nuestro hijo mayor legitimo, para que los tenga, y possea*

ſea por ſu vida por bienes de mayorazgo, y titulo de mayorazgo para deſpues de nueſtros dias, por la forma ſuſo declarada, è con las condiciones que de ſuſo ſerã cõtenidas: y para deſpues de ſus dias lo ayã, y heredẽ, conviene a ſaber, el dicho Don Beruardino de Cardenas ſu hijo mayor legitimo los bienes por Nos ſuſo declarados para ſu mayorazgo. Y el dicho Don Gutierre de Cardenas los bienes por nos de ſuſo declarados para ſu mayorazgo. Y deſpues de los dias del dicho Don Bernardino, y Don Gutierre hereden los dichos mayorazgos ſus hijos mayores legitimos que huvieren, cada vno el mayorazgo de ſu padre; y vayan anſi deſcendiendo, de fijo, en fijo, varones mayores legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, por linea maſculina derecha, para ſiempre jamàs.

Clauſulà 2.§.9.

49 Inmediatamente ſe ſigue el §.9. de dicha clauſula 2. que dize aſsi: *Y ſi el dicho Adelantado (lo que Dios no quiera) falleciere en nueſtros dias ſin dexar hijo, ù nieto, ù otro deſcendiente varon por linea maſculina legitima, y de legitimo matrimonio nacido, queremos y mandamos, que herede el dicho mayorazgo D. Maria de Cardenas Condeſa de Miranda, nueſtra hija legitima: y deſpues de ella, ſi tuviere dos hijos, o mas varones, vn hijo, ù nieto, hijo de hijo varon, herede el dicho mayorazgo principal que ſeñalamos para el dicho Don Bernardino, el hijo mayor de la dicha Condeſa, ù nieto varon, hijo de èl, en defecto de ſu padre: y que herede, y ſuceda el dicho mayorazgo ſegundo, que ſeñalamos para el dicho Don Gutierre, el hijo ſegundo de la dicha Condeſa, o ſu hijo de el, ſiendo fallecido el tal hijo ſegundo, y aſsi ſus hijos, y deſcendientes varones mayores, ſegun eſtà dicho de los hijos de D. Bernardino, y D. Gutierre.*

Clau-

50 Y la claufula 3.dize: *Otrofi, fi acaeciere, que el dicho Don Bernardino falleciere en vida del dicho Adelantado fu padre, y dexare hijo, o nieto, hijo de hijo varon, o otro defcendiente varon por linea mafculina, queremos, y mandamos, que efte tal varon defcendiente del dicho Don Bernardino, fuceda, e aya el dicho mayorazgo del dicho Don Bernardino, e no el dicho Don Gutierre, ni otro hijo del dicho Adelantado.*

D. Claufula 3. §. 1.

51 *Pero fi falleciere el dicho Don Bernardino en vida del dicho Adelantado, fin tal hijo, o nieto, ù otro defcendiente varon legitimo por linea mafculina, aunque dexe hija, o nieto de hija, queremos, y mandamos, que el dicho mayorazgo del dicho Don Bernardino aya, y herede el dicho Don Gutierre de Cardenas, fiẽdo vivo: y fino fuere vivo el dicho Don Gutierre, y dexare hijo, lo aya, y herede fu hijo mayor; y por fin de èl, fu nieto varon legitimo, fi le tuviere, e dende adelante fus defcendientes varones mayores legitimos, e de legitimo mattrimonio nacidos, fegun eftà dicho del dicho D. Bernardino: e en tal cafo paffe, e venga el mayorazgo fegundo del dicho Don Gutierre a Don Diego de Cardenas fu hermano tercero, hijo del dicho Adelantado, e a fus hijos, y defcendientes varones, fegun de fufo eftà declarado.*

Claufula 4.

52 Y en la Claufula 4. en cafo que Don Gutierre fallezca en vida del Adelantado fu padre, fin dexar hijo, ò nieto, ò otro defcendiente varõ por linea mafculina, fiendo afsimifmo fallecido el dicho Don Ber-

nardino sin hijos, ni descendientes varones por linea masculina, se dispone que herede el mayorazgo principal Don Diego su hermano, hijo tercero del Adelantado, siendo entonces vivo, y sino, que lo herede su hijo mayor varon, si el dicho don Diego le dexare, y sus hijos mayores varones, y descendientes, segun, y como dicho es del dicho Don Bernardino, y que en este caso passe el mayorazgo segundo al otro hermano siguiente del dicho Don Diego.

Clausula 4. §. 1.

53 Y en el §. 1. de dicha Clausula 4. en caso que el dicho Don Diego falleciere en vida del Adelantado, sin dexar hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina legitimo, como dicho es, siendo asimismo fallecidos los dichos Don Bernardino, y D. Gutierre sin hijos, y descendientes legitimos varones, se dispone, que suceda en el mayorazgo principal el otro hijo mayor que huviere del Adelantado; y por su fin, el nieto mayor legitimo del tal hijo; y despues del sus hijos, y nietos varones legitimos, segun queda dicho del dicho Don Bernardino; y que en el mayorazgo segundo suceda el hermano mayor siguiente del que heredasse dicho mayorazgo principal, siendo varon, segun està dicho en este dicho mayorazgo.

Clausula 4. §. 2.

54 La clausula 4. en el §. 2. dize asi: *Esta misma regla, e orden queremos, y mãdamos, que se tenga, y guarde en todos los otros hijos del Adelantado, que fueren llamados al dicho mayorazgo, por fallecimiento de otros mayores, que fallecieren en vida del Adelantado, sin dexar hijos, o nietos, o otros descendientes varones por linea masculina, segun dicho es.*

55 En el §.3. de dicha clausula 4. disponen, que si acaeciere (lo que Dios no plega) que todos los hijos varones del Adelantado fallecieren en su vida del dicho Adelãtado sin dexar hijos, ù nietos de hijos, ù otros descẽdiẽtes varones por linea masculina, de legitimo matrimonio nacido, e dexare fijas, o nietos, o otros descendientes de ellas, los dichos dos mayorazgos vengan a Doña Teresa, hija mayor legitima del dicho Adelantado, siendo viva, aunque quede nieto varon del dicho Adelantado, hijo de otra hija menor, que la dicha Doña Teresa; y que si ella no fuere viva, venga a su hijo mayor legitimo, ò nieto varon, hijo del tal hijo: y si tuviere dos hijos, ò mas, herede el mayor de ellos el dicho mayorazgo principal: y el segundo hijo herede el mayorazgo siguiente, e despues sus descendientes mayores, e legitimos de varon en varon mayor por linea masculina, segun està dicho del dicho Don Bernardino, y del dicho D. Gutierre.

Clausula 4. §. 4.

56 Y por el §.4. en caso que la dicha Doña Teresa, hija mayor del Adelantado, falleciere en vida de su padre, sin dexar hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon legitimo de legitimo matrimonio nacido por linea masculina, aunque dexe hijas descendientes de ella, disponen, y mandan los fundadores que vengan los dichos dos mayorazgos a la otra hija mayor del dicho Adelantado, siendo viva; y en su defecto al hijo mayor de ella, y nieto varon, hijo del hijo; y si fueren dos hijos, è nietos de ella, por linea masculina, herede el mayor el mayorazgo principal, è el segundo el dicho mayorazgo segundo, segun queda dicho de la di-

cha

cha Doña Teresa, è por esta manera, sus sucessores, de varon en varon mayor legitimo, è de legitimo matrimonio nacidos, segun queda dicho de la dicha Doña Teresa de Cardenas, y de los dichos D. Bernardino, y D. Gutierre.

57 Luego se sigue otra Clausula con llamamiẽtos comprehensivos de varones, y hembras, descendientes de qualquier posseedor de este Estado, y mayorazgo, que por ser fundamento de las otras partes, se refiere a la letra.

Causula 5.

58 *Otrosi mandamos, que para la sucession de los dichos mayorazgos, en los hijos descendientes de qualquier posseedor, que el tal posseedor en quien viniere en qualquier tiempo del mundo legitimamente, por la orden, è manera susodicha, sea auido, è represẽtado, como el dicho Adelantado, e assi sean llamados, y sucedan en los dichos mayorazgos, los hijos, è hijas descendientes de los posseedores de cada mayorazgo, en su linea, y por aquella forma, è orden, y manera que tenemos dicho, y dispuesto en los hijos, y fijas, e descendientes del dicho Adelantado.*

59 Y aunque la parte del Duque de Avero, y la del Marques de Cañete se valen assimismo de otras Clausulas, y llamamientos posteriores, comprehensivos de varones, y hembras, con que pretenden justificar sus pretensiones, y preferirse el vno al otro: A ellas se responderà en su lugar, y se mostrarà, que caso que en las dichas Clausulas tengan llamamiento los susodichos, no ha llegado el caso de el, ni de que pueda suceder ninguno de ellos en competencia del Conde de Miranda, que tiene llamamiento literal anterior para la sucessiõ de este estado, y Mayorazgo.

De

60 De ſuerte, que el tenór de eſta diſpoſicion, y fundacion del eſtado, y mayorazgo de Maqueda, es llamar en primer lugar para la ſuceſsion de el, al Adelantado D. Diego de Cardenas, hijo primogenito de los fundadores, y à ſu hijo mayor Don Bernardino, y ſus deſcendientes varones por linea maſculina, y à falta de ellos, à Don Gutierre de Cardenas, hijo ſegundo del dicho Adelantado, y ſus hijos, y deſcendientes varones por linea maſculina; y en falta de hijos, y deſcendientes varones de Don Gutierre por linea maſculina, eſtà llamado Don Diego de Cardenas, hijo tercero del Adelantado, y ſus hijos, y deſcendientes varones por linea maſculina: Y en defecto de deſcendientes varones del Adelantado por linea maſculina, eſtà llamada para la ſuceſsion de eſte eſtado la dicha Doña Maria de Cardenas Condeſa de Miranda, hija de los fundadores, y ſus hijos, y deſcendientes varones, de varon en varon, que es lo miſmo que ſi tuviera expreſſo, y literal llamamiento el Conde que litiga, como tambien le tuvo el Conde Don Franciſco de Zuñiga ſu padre, como tercero, y quarto nietos de la dicha Condeſa de Miranda, de varon en varon, Caſtill. controverſ. lib. 6. cap. 129. num. 22. vbi: *Quod vocatio filij maſculi, aut filiorum, ſeu deſcendentium maſculorum, ita ſpecialis, & propria diiudicatur in eo, qui tempore ſucceſsionis prædictam qualitatem obtinet, ac ſi proprio, & ſpeciali nomine facta fuiſſet*, l. 2. de lib. & poſth. l. nominatim, ff. de iniuſt. rupt. l. 3. tit. 7. part. 6. Alexand. conſ. 123. col. 1. lib. 1. Ruino conſ. 123. n. 3. & 4. Peregrin. de fideicomm. art. 21. num. 34. Menoch. ſingulariter conſ. 173. num. 2. & ſeqq. volum. 2. relatus per Caſtill. dict. cap. 129. num. 23.

61 Con que aviendo faltado por muerte de Don Franciſco de Cardenas, ſexto Duque de Maqueda, todos los hijos, y deſcendientes varones del Adelantado

do por linea masculina, llegò el caso del llamamiento de la Condesa de Miranda, y de sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, como lo fue el Conde Don Francisco de Zuñiga y Cardenas, tercero nieto de la dicha Condesa (que muriò pendiente este pleyto de tenuta) y lo es el Conde Don Diego de Zuñiga y Cardenas, que litiga, como quarto nieto de la susodicha de varon en varon.

62 Sin que le pueda hazer competēcia el Duque de Avero, ni el Marques de Cañete, por dezir que se hallan en mejor linea, para que se aya de continuar la sucesion en los descendientes de ella, segun el cap. 1. de natura success. feudi, ibi: *Ad omnes, & ad solos qui ex illa linea sunt ex qua iste fuit*; y que miētras los huviere, no puede hazer transito la sucesion a otra linea.

63 Porque se responde, que dicha prerogativa de linea cede à la voluntad expressa de los Fundadores, quæ est tanquam Regina, y la que tiene el primer lugar en las succesiones de los mayorazgos, auth. de restitutione fideicommissi, §. nos igitur, col. 3. ibi: *Non qui a lege, sed qui à testatore an ponitur*, l. cū ita, §. in fideicommisso, ff. de leg. 2. ibi: *Nisi ad ulteriores voluntatem suam extenderit*: y lo determinò la ley 40. de Toro, ibi: *Salvo si otra cosa estuviere dispuesto por el que primeramente constituyò, y ordenò el mayorazgo, que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyò*. El señor Molina lib. 1. de primog. cap. 2. num. 27. & cap. 6. num. 47. & lib. 3. cap. 9. num. 20. Flores de Mena lib. 1. pract. quæst. 19. num. 28. & 2. part. quæst. 8. num. 1. vers. *Nisi aliud*, Castill. tom. 5. controu. cap. 93. §. 13. num. 3.

64 De manera, que no vale la oposicion ex prærogatiua lineæ, quando ay voluntad contraria de los fundadores, vt in casu præsenti, en el qual en defe-

cto de descendientes varones por linea masculina del Adelantado, quisieron preferir a la Condesa de Miranda su hija, y a sus hijos, y descendientes varones de varon en varon, como lo fue el Conde de Miranda Don Francisco de Zuñiga, que muriò, y lo es el Conde Don Diego de Zuñiga y Cardenas su hijo, que actualmente litiga.

65 Y lo contrario es pretender las otras partes la Tenuta, contra la voluntad de los fundadores, a que resiste el derecho, & est textus in l. illis libertis, ff. de condit. & demonstr. vbi *Quod contra voluntatem defuncti petens audiri non debet*, l. peto, ff. de leg. 2. D. Larrea decis. 54. num. 23. notans: *Quod contra expressam voluntatem disponentis successio maioratus procedere non valet.*

66 Ponderat Castill. controu. lib. 5. cap. 181. num. 1. in hæc verba: *Is ergo vocationum, & substitutionum ordo, præcise servandus erit, quem testator, maioratusve institutor constituerit, & assignaverit, sive vnusquisque succedat eo ordine quo vocatus fuerit, quamvis in vocationibus ipsis a regulis ordinariæ successionis recesserit, nec contra voluntatem institutoris eiusdem aliquis audiri debebit*, D. Molin. lib. 3. cap. 5. D. Ioan. Francisc. del Castill. decis. 152. num. 4. & sequenti.

67 Et inde es, que el que pretendiere obtener en el juyzio de Tenuta, no solo ha de mostrar que tiene llamamiento, sino que ha llegado el caso de èl, secundum voluntatem fundatoris, Roland. à Valle cons. 56. num. 31. lib. 3. Burgos de Paz cons. 34. n. 21. Menoch. cons. 97. num. 103. Honded. cons. 60. num. 12. D. Larrea decis. 33. num. 33. y lo prueba bien el texto in l. 1. C. quor. bonor. ibi: *Non aliter possessor constitui poteris: quam si te defuncti filium esse, & ad hæreditatem, seu bonorum possessionem admissum probaveris;*

ueris: Donde es de reparar la diccion *Non aliter*, que induce precisamente, que no auiendo llegado el caso de suceder segun el orden, y forma de la disposicion de los fundadores, se desvanece, y no ha lugar la pretension de la parte que pretende la Tenuta, aunque aliàs tenga llamamiento; nàm eius vocatio, suo loco, & tempore, iuxta formam dispositionis, sortietur effectum, l. de his, vbi Bart. ff. de transactionibus, Castill. controu. lib. 6. c. 181. num. 1. in fin.

68 Que la voluntad de los fundadores fuesse de conseruar agnacion rigurosa en los hijos, y descendientes varones agnados del Adelantado Don Diego de Cardenas su hijo primogenito; y en defecto dellos agnacion artificial en los hijos, y descendientes varones, de varon en varon, de Doña Maria de Cardenas, Condesa de Miranda, hermana del dicho Adelantado, resulta euidentemente de la inspeccion, y tenor de las clausulas referidas, num.   porque en primer lugar llamaron para la sucesion de este estado de Maqueda al Adelantado su hijo mayor, y por su muerte a Don Bernardino de Cardenas, hijo mayor varon del dicho Adelantado, y que se continuasse la sucesion en sus descendientes varones, de varon en varon, por linea masculina: Y en falta de descendientes varones por linea masculina de Don Bernardino, llamaron a Don Gutierre de Cardenas, y a sus hijos, y descendientes varones mayores, segun estaua dicho del dicho D. Bernardino: Y en falta de estos a los demàs hermanos, y sus descendientes varones por linea masculina: Y falleciendo el Adelantado en vida de los fundadores sin dexar hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina, llamaron a la Condesa de Miranda su hija, y a sus hijos, y descendientes varones, segun, y como se dispuso en los hijos, y descendientes varones del Adelantado, los quales fueron llamados con la ca-

li-

lidad de varones por linea masculina, y de fijo en fijo varones mayores legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, vt ex clausula 2.§.8.ad finem; Con que manifiestamente se conuence, que quisieron conseruar rigurosa agnacion en los hijos, y descendientes varones agnados del Adelantado; y en falta de ellos, agnacion artificial en los hijos, y descendientes varones, de varon en varon, de la dicha Condesa de Miranda su hija, sin que (auiendolos) pueda tener entrada ninguno de los varones de hembra de la linea primogenita del Adelantado.

69 Es en prueba de lo dicho singular la decision 54. del señor Don Iuan Baptista de Larrea: El caso de ella fue, que el fundador de vn mayorazgo llamò a la sucesion a sus hijos varones, ita vt, de masculo in masculum, succesio procederet, & in defectum illorum, filiæ ipsius testatoris, & illarum filij masculi substituti: & quod si ex filiabus non adessent filij masculi, rediret succesio ad filias filiorum, qui primo fuerunt vocati: Faltaron varones de varones, descendientes de los hijos del fundador, con que passò la sucesion in filiam ipsius fundatoris, substitutam in defectum dictorum filiorum, & ipsorum descendentium masculorum, de masculo in masculum: Esta hija del fundador dexò vna hija, y de ella vn nieto; concurrieron a la sucesion en la vacante del mayorazgo este nieto de la hija del fundador, con otro nieto ex filia filij maioris primo vocati; dudòse quien auia de suceder; determinòse in fauorem nepotis masculi ex filia filij maioris primo vocati: La razon en que se funda la decision, y la que dà el señor Larrea, es dezir, que con auer llamado el fundador a sus hijos, y descendiẽtes varones, de varon en varon, fue visto querer entre ellos conseruar agnacion rigurosa: y que el auer en defecto de descendientes varones de varones de sus

hi-

hijos, substituidó à sus hijas, y à los hijos, y descendientes varones de ellas, fue querer conseruar entre ellos vna agnacion artificial; y como en los terminos de la decision no huuo descendiente, de varon en varon, de la hija del fundador; porque aunque el que saliò a litigar era nieto de la susodicha, y varon, era hijo de vna hija suya; ideò nihil mirum, que boluiesse la sucessiõ a la linea del hijo primogenito, primero llamado, ni que se decidiesse a fauor de varon cognado de aquella linea; pero esto fue (como dize el señor Larrea) por no auer varon descendiente de la hija del fundador, de varon en varon, en quien poder conseruar la agnacion artificial, comprobat eleganter d.decis. 54. a num.6.ex doctrina D.Molin.de primogen. lib.3.c. 5.Bellon.cons.73.Surd.cons.415.num.19.Honded. cons.1.lib.1.num.6.Simon de Prætis de interpretatione vltimarum voluntatum, lib.3.interpretatione 3.dub.11.solut.11.num.3.cum sequenti, Casanat. cons.4.n.20.& seqq.Castill.tom.2.contr.c.4.n.76.

70 At verò, en el caso presente esta decision, es expressa en favor del Conde de Miranda, porque se halla quarto nieto de Doña Maria de Cardenas, Condesa de Miranda, y descendiente de la susodicha, de varon en varon, con que en fuerça de los mismos llamamientos, que son individuales, y del mismo tenor que los de la decision, de la misma suerte que en falta de varones agnados, descendientes del Adelantado, primero llamado, passara la sucession, y possession legal a la Condesa de Miranda, hija de los fundadores, si fuera viva al tiempo de la muerte del Duque D. Francisco de Cardenas, sexto Duque de Maqueda (como passò en los terminos de la decision a la hija del Fundador) se deve reconocer, y entender, que passò, y se transfiriò tambien en el Conde D. Francisco de Car-

denas y Zuñiga,y por su muerte en el Conde D. Diego su hijo, como descendientes varones, de varon en varon,de la dicha Condesa de Miranda; y si en los terminos de la decision,concurriendo varon nieto de la hija del fundador, fue vencido por otro varon de hẽbra, nieto del hijo del fundador, fue porque no tenia la calidad que requeria la fundacion, para que en el se continuasse la sucesion,y conservasse la agnaciõ artificial,que quiso conservar el fundador en los hijos, y descendientes varones de su hija, en falta de varones agnados descendientes de sus hijos; porq̃ aunq̃ era varon,no era descendiente de varon en varon de la hija del Fundador; y asi nihil mirum, que bolviesse la sucessiõ a la mejor linea del hijo primogenito del dicho Fundador.

71 Y lo mismo obra el aver llamado los Fundadores a sus hijos, y descendientes varones por linea masculina,que si llamaran varones,de varon en varõ, sin que puedan suceder hembras, ni varones dellas, text. in §. 1. de leg. agnat. tut. ibi: *Sunt autem agnati, qui per virilis sexus personas cognatione iuncti sunt, quasi à patre cognati*, l. sunt autem, ff. de legit. tutor. notat Bald. in l. Gallus, §. nunc de l. Velleia, ff. de lib. & posth. Paul. de Castr. in l. maritus, num. 5. C. de procuratorib. vbi emphiteosis cõcessa pro se, & filijs descẽdẽtibus per lineam masculinam, nõ comprehẽdit fœminas, nec masculos ex fẽminis; imò, se hallan literalmẽte excluidos, ibi: *Et sic illa concessio, sibi, & descendẽtibus per lineã masculinã, debet sic intelligi, liberis masculis, & descendentibus ex masculis*, Alexand. cons. 53. n. 6. lib. 6. Decian. cons. 44. nu. 15. vol. 3. Cephal. cõs. 114. num. 25. Hipolit. Riminald. cons. 313. num. 6. vol. 3. & cons. 782. a n. 56. vol. 7. Gabriel cons. 116. num. 4. Menoch. cons. 205. num. 20. & cons. 295.

num.

num.1.& conf.326.num.85.& conf. 802. num. 82. & de præsumpt.lib.4.præsumpt.91.num.6.

72 Y diò la razon Curc.Iunior,conf.5.num.25. vol.1.ibi: *Natus ex fœmina non dicitur descendere, neque per virilem sexum, neque per lineam masculorum; quæ per fœminam interrupta fuit,& nova inchoata, ita quod solum per eam consideratur coniunctio ad descendentes ex ea, non autem amplius consideratur coniunctio ex persona patris*; quod fundatur in l. pronunciatio, §.familiæ, ff.de verbor. signific. ibi: *Mulier autem familiæ suæ,& caput,& finis est*,l.familiæ,§.fœminarum,ff.eodem,l.Iurisconsultus,§.cognati,vers. Qui autem per fœminas,ff.de gradibus cognat. §. 1. vers. At qui per fęminas,instit. de leg. agnat. succes. Censal in addit.ad Pereg.pag.212.vers. Quarto declaratur.

73 Lo mismo asienta Ruino conf. 18.num.9. lib.3.Gozadin.conf.87.num.15.Mantic. de coniect. lib.8.tit.11.num.9.Surd.conf.316.num.8.Peregr.de fideicommiss.art.26.num.8.& 29. Fusar. de substit. q.346.n.12.& 32.& q.404.n.24.

74 Y los Autores del Reyno lo resuelven en la misma forma,D.Molin.de primog.lib.1.cap.6.num. 38.refiriendo a Paul.de Castr.in dict.l.maritus,C. de procurat.asienta la exclusion de la hembra, & si sit agnata; y de los descendientes varones della; ex eo quod quando conceditur emphiteosis alicui,pro se,& liberis suis masculis per lineam masculinam, intentio concedentis fuit,quod ea non transiret ad cognatos, sed debeat intelligi concesio de masculis descendentibus ex masculis,Gregor. Lop.in l.2.tit.6.p.4.gloss. 1.col.2.in fine,D.Molin.lib.3.cap.5. num.69. & ibi Add.præcipuè dict.lib.1.cap.6.num.34.& 35.D.Valenç.conf.40.num.26.Castill.lib.2.cap.2.num.18.& lib.5.cap.91.num.83.& lib.6. cap.129. num.44. &

cap.

cap.132.num.5. Noguer. alleg.23.num.155.

75 Y es tan fuerte el concepto de agnacion, significado por la palabra *linea masculina*, que aunque no contuviera la Clausula la palabra *varones*, (que es el caso en que no ha avido disputa entre los Doctores) la resolucion firme es, entenderse por ella contemplada agnacion; porque aunque el §. cæterum, instituta de leg.agnat.success. para significar quales eran agnados, lo declarò per illa verba: *Per virilem sexum descendentes, sivè masculi, sivè fœminæ*, l.leg.12. Tab.C.de leg.hæred. siempre que el Fundador llama descendientes por linea masculina, asientan los Doctores, que no quiso comprehender la hembra agnata, imò, que en ella se quebrò la agnacion.

76 Y finalmente todo cessa, quando con la palabra *Linea masculina*, se junta la palabra *Varones*, ibi: *Descendientes varones por linea masculina*, vt in præsenti casu; nam tunc, la calidad *de varon* excluye, etiã, la hembra agnata, por ser contraria a su sexo, ex ratione l.1.C.ad leg.Iul.de adult Bart.in l.2. §. videndum, num.2.ff ad Tertul.& in l.cum avus, num.4.vers. Cõtrarium, ff.de condit. & demonstr. Greg. Lop. in l.3. tit.13.part.6.gloss.verb. *Mugeres*, Molin.lib.3.c.5. n.30.vbi Add.cum pluribus.

77 No solo se califica por los llamamientos de varones, descendientes del Adelantado por linea masculina, y de vno en otro, que la voluntad delos fundadores fue conseruar en ellos agnacion rigurosa, sino que expresissimamente lo declararon en la clausula 3.§.1.adonde disponen, que si falleciere Don Bernardino (hijo mayor del Adelantado) en vida del dicho Adelantado, sin tal hijo, ò nieto, o otro descendiẽte varon legitimo por linea masculina, *aunque dexe hija, o nieto de hija*, disponen, y mandan, que el dicho mayorazgo del dicho Don Bernardino aya, y herede

Don

D.Gutierre de Cardenas su hermano, si fuere vivo; y sino, su hijo mayor.

78 Y por el §.3. de la clausula 4. disponen, que si todos los hijos varones del Adelantado fallecieren en su vida del Adelantado sin dexar hijos, ò nietos de hijos, o otros descendientes varones por linea masculina, y dexaren fijas, ò nietos, o otros descendientes dellas, los dichos mayorazgos vengan a D. Teresa, hija mayor del Adelantado, siendo viva, aunque quede nieto varon del dicho Adelantado, hijo de otra hija menor, que la dicha Doña Teresa; y si ella no fuere viva, venga a su hijo mayor legitimo, o nieto varon, hijo del tal hijo.

79 Y como pondera el señor Larrea decis. 53. con infinitos que refiere, num. 9. y lo ponderò, y decidiò la Rota decis. 17. de Tanaglio, la exclusion de hẽbras, y de varones dellas, en las lineas de los varones llamados, inducit evidentem animum conservandi agnationem inter prædictos.

80 De suerte, que teniendo, como tenemos, vn llamamiento especifico, y expresso de los descendientes varones de la Condesa de Miranda, de varon en varon, en defecto de descendientes varones por linea masculina del Adelantado, primero llamado, y constando, como consta, que el vltimo varon agnato, descendiente del Adelantado, fue el Duque Don Francisco de Cardenas, sexto Duque de Maqueda, y que està verificado, que el Duque Conde de Miranda, que litiga, es quarto nieto de la Condesa de Miranda Doña Maria de Cardenas, y el Conde Don Francisco de Zuñiga su padre, fue tercero nieto de la susodicha, de varon en varon, sin interposicion de hembra, euidenter sequitur, que en fuerça de la voluntad de los fundadores, luego que muriò el dicho Duque Don Francisco de Cardenas, se transfiriò en el Conde Don Fran

cisco de Zuñiga, y por su muerte en el Conde D. Diego, que litiga, la possession ciuil, y natural del dicho estado de Maqueda, quantoquiera que aya descendiẽtes varones de hembra de mejor linea, como lo pretenden ser el Duque de Avero, y Marques de Cañete, ex d.l.40. Taur. *Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyò, y ordenò el mayorazgo, que en tal caso mandamos, que se guarde la voluntad del que lo instituyò.*

81 Ni obsta a lo dicho, si se dixere, que en vna de las clausulas no solo llamaron los fundadores a los descendientes varones del Adelantado *por linea masculina*, sino q̃ añadieron la palabra, *Por linea derecha masculina*, y q̃ la linea derecha es linea de substancia comprehensiva de varones, y hembras, ex l.2.tit.15. part.2.

82 Porque se responde, que la linea derecha se puede considerar, ò como linea de substancia, ò como linea de calidad, la primera es comprehensiva de varones, y hembras, y en ellas se prosigue la sucessiõ, servata gradus prorogativa: La segunda, es linea de calidad, la qual sola comprehẽde las personas en quiẽ concurriere la calidad del llamamiento, Bald. cons. 334. num. 10. Ancharr. cons. 95. num. 7. Y es muy al caso el §. item vetustas, instit. de leg. agnator. success. donde llama linea de agnados, ibi: *Post agnatorum lineam eos vocabat*; y assi las hembras, y varones dellas, (aunque se hallan en la linea de substancia) considerantur vt mortui ad effectum succedendi, l 1. §. qui habebat, ff. de bonor. possess. contra Tab. ibi: *Filius incapax, non obstat sequentibus in gradu, ac si mortuus fuisset*, l. pater filium, vbi gloss. ff. de inoffic. testament. Gregor. Lopez in l.2. tit.15. part.2. gloss.19. Molin. de primogen. lib.1. cap.9. num.17. & 29. & lib.3. c. 13. num.15. Mieres de maiorat. 2. part. quæst.3. num.

7.

7. Avendañ. in l. 45. Taur. gloss. 2. num. 9. Pat. Molin. disput. 624. num. 4. Thesaur. lib. 1. quæst. forens. q. 34. n. 24. Paz de Tenuta, c. 34. n. 12. & seqq. D. Larr. decis. 51. n. 7.

83 De que resulta, que faltando los descendientes varones por linea masculina de la linea derecha de Don Bernardino, hijo del Adelantado (aunque se hallen en ella el Duque de Avero, y Marques de Cañete) por falta de la dicha calidad, se han de buscar en la linea inmediata de Don Gutierre de Cardenas, hermano del dicho Don Bernardino, ad effectum succedendi: Y faltando en la de Don Gutierre, en la de Don Diego de Cardenas, hijo tercero del Adelantado; & sic, en las de los demàs hermanos del dicho D. Bernardino: y faltando (como faltaron, por muerte del Duque Don Francisco de Cardenas) todos los varones descendientes del Adelantado por linea masculina, se ha de acudir a buscar el varon de varon descendiente de la Condesa de Miranda Doña Maria de Cardenas, en el qual la ley transfiriò la possessión civil, y natural de este estado; porque en èl, y en los demàs descendientes de ella, de varon en varon, quisieron los fundadores conservar agnacion artificial, en falta de descendientes varones agnados del Adelantado.

84 Y los Doctores que en el llamamiento de varones por linea derecha son de sentir, que solo se les dà prelacion a los varones, eiusdem lineæ, respeto de las hembras, y que no induce exclusion de ellas, ni de los varones de hembras, reconocẽ, q̃ quãdo los Fundadores contẽplaron agnaciõ, no obra la palabra *linea derecha* la inclusion de varones, y hembras, D. Valẽç. cons. 97. vbi, aviendo fundado que el llamamiento de varones por linea derecha, solo inducia prelacion, respecto de las hembras eiusdem lineæ. En el num. 167. reconoce lo contrario quando se añade la palabra *va-*

ro-

rones, à la palabra lineã derecha, id est, *linea derecha de varones*, que es lo mismo que linea derecha masculina, ibi: *Et est multum ponderandum, quod institutores, nec dicunt, nec vocant masculos de linea, vel per lineam masculi, sed simpliciter masculos per lineam directam, ostēdentes non intellexisse lineam directã, vnius masculi, in alterum, sed illam, quæ procederat a filio maiori D. Elisabethæ.*

85 De suerte, que asienta el señor Valençuela, que quando el llamamiento es de linea recta, vnius masculi, in alium, se manifiesta el concepto claro de conservar agnacion. Y en el num. 171. lo distinguiò con claridad, poniendo la diferencia que ay en estos dos generos de llamamientos, ibi: *Et differentia quæ versatur in eo, quod vocaverint masculos per lineam directam, a casu quo vocassent lineam directam masculorum, colligitur benè, ex eo quod tradit Paris. cons. 22. num. 45. vol. 3. Paul Æmilius decis. Rotæ 16. num. 4. p. 2. quatenus loquitur de verbo per lineam masculinam, iuncto §. cæterum, inst. de leg. agnat. success.* ibi: *Per virilem sexum descendentes, Burg. de Paz cons. 29. n. 23. & seqq. & ex adversitate, quam habet vnus modus loquendi ab alio, colligitur diversitas in essentia, arg. l. si idem, C. de Codicil.*

86 Y lo mismo reconoce Castill. cõtrovers. cap. 138. num. 18. vbi, aviendo fundado por el consejo 32 num. 3. lib. 1. de Simon de Pretis, y Federico de qualitatibus contractus, cap. 19. num. 26. que por el llamamiento de varones per lineam rectam, solo se prueba prelacion dellos, respecto de las hembras eiusdem lineæ, & gradus; asienta en el versic. *Denique hæc eadē pars*, que si con el llamamiento por linea derecha concurriere otra calidad expressada por el fundador, a ella se ha de estar, y observarse, ibi: *Ergo ex vi ipsa expressionis lineæ rectæ, Cognatus, seu fœmina de linea recta cē-*

se-

setur ad missa, seu ad successionem invitata, vbi aliud expressum, aut specifice cautum non est.

87 Y los Adicionadores del señor Molina lib. 3. cap. 5. num. 71. hablan en el primer sentido de llamamiento de varones por linea derecha, que es el caso, in quo solum intelligitur concessa prælatio masculis eiusdem gradus, & lineæ, respectu fœminarum; minime vero, quando el llamamiento es de varon por linea derecha masculina, que es nuestro caso, en que no puede aver duda de que el concepto fue de conservar agnacion, vt Doctores omnes affirmant. Quanto ergo magis in casu præsenti, en que no solo estan llamados los descendientes varones del Adelantado por linea masculina, sino que añaden los fundadores: *Y vayan assi descendiendo, de fijo en fijo mayores varones por linea masculina derecha para siempre jamas*, vt ex Clausula 2. §. 8. ad finem.

88 Vnde, estando (como està) expressamente excluida de la sucession la hija de D. Bernardino, primogenito del Adelantado; y assimismo el nieto hijo della, y substituido Don Gutierre de Cardenas, hermano del dicho D. Bernardino, y en la misma forma excluidas, las hẽbras, y varones dellas de los demas hermanos, es la mayor manifestacion del concepto, y expressa voluntad, que tuvieron los fundadores de conservar agnacion en los descendientes del dicho Adelantado, en defecto de los quales llamaron a la Condesa de Miranda Doña Maria de Cardenas, y a sus hijos, y descendientes, de varon en varon, como lo fue el Conde de Miranda D. Francisco de Zuñiga y Cardenas, que muriò pendiente este pleyto, y lo es el Conde Don Diego su hijo; este, quarto nieto de la Condesa, y su padre, tercero nieto de la susodicha.

89 Y aunque Cabreros de metu lib. 2. cap. 9. n. 14. y otros dizen, quod maioratus respectivus agna-

tionis, non est compatibilis cum lineā recta; imò, quod non potest esse res magis repugnās, ex eo quod agnatio non habet lineam, imò ad suam conservationem necessum est translineare, & transire de vna linea ad aliam.

90 Pero esto se deve entender en la forma que queda dicho, pues aunque los agnados descendientes de vno estan en su linea derecha; y que si el vltimo posseedor de ellos no dexare varon agnato, conforme a la voluntad de los fundadores, se ha de buscar el transversal agnato mas cercano, aunque este no se dirà de la linea derecha del vltimo posseedor, pero no por esso dexara de estar en la linea derecha de calidad constituida por el ascendiente comun, adnotata per Bald. & Ancharr. cum alijs pluribus de quibus supra num.

91 Y quando las conclusiones referidas no fueran, como son, tan evidentes, y mucho mas evidente la voluntad expressa de los Fundadores, exclusiva de hembras, y varones dellas, descendientes del Adelantado su hijo, para la vacante que sucediò por muerte del Duque D. Francisco Maria, sexto Duque de Maqueda, se pondera en desvanecimiēto de las palabras *por linea masculina derecha*, que solo en vna Clausula de la fundacion se hallan puestas, que es en la Clausula 2. §. 8. in fine; pero en todas las demas Clausulas, antecedentes, y subsequentes, no ay la palabra linea derecha, sino por linea masculina, vt videre est ex dicta Clausula 2. §. 6. ibi: *Ni dexare nieto varon de otro hijo por linea masculina, aunque dexe hijas, ò nietos dellas*, & in §. 9. dict. Claus. 2. ibi: *Y si el dicho Adelantado (lo que Dios no quiera) falleciere en nuestros dias sin dexar hijo, ò nieto, o otro descendiente varon por linea masculina legitima*; y en la Clausula 3: *Otra si, si acaeciere, que el dicho Don Bernardino fallezca en vida del*

Ade-

Adelantado su Padre, y dexare hijo, ò nieto, hijo del hijo varon, è otro descendiente varon por linea masculina; Y en el §. 1. de la Clausula 3. ibi: *Pero si falleciere el dicho Don Bernardino en vida del dicho Adelantado, sin tal hijo, o nieto, ò otro descendiente varon legitimo por linea masculina:* Y en el §. 1. de la Clausula 3. ibi: *Pero si falleciere el dicho D. Bernardino en vida del dicho Adelantado sin tal hijo, ò nieto, o otro descendiente varon legitimo por linea masculina, aunque dexe hija, o nieto de hija;* y en la Clausula 4. ibi: *Otrosi, si el dicho Don Gutierre falleciere en vida del dicho Adelantado sin dexar hijo, o nieto, o otro descendiente varon por linea masculina.* Y en el §. 1. de dicha Clausula 4. ibi: *Y si el dicho Don Diego falleciere en vida del dicho Adelantado, sin dexar hijo, o nieto, o otro descendiente varon por linea masculina.* Y en el §. 3. della, ibi: *Y si acaeciere, lo que Dios no plega, q̃ todos los hijos varones del dicho Adelantado fallecieren en su vida del dicho Adelantado sin dexar hijos, o nietos de hijos, o otros descendientes varones por linea masculina.*

92 De suerte, que en las antecedentes clausulas de la fundacion, y en todas las subsiguientes (excepto en la clausula 2. §. 8.) no ay palabra de linea derecha, sino que estàn llamados los hijos, y descendientes varones del Adelantado por linea masculina; y en defecto dellos substituida la Condesa de Miranda Doña Maria de Cardenas, y sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, y es conclusion legal, quod a sequentibus, & à præcedentibus, & ex toto litteræ cõtextu verbum ambiguum exponitur, & declaratur, l. si servus plurium, §. fin. ff. de leg. 2. l. hæredes palam, §. sed etsi notam, ff. de testam. & ibi Paulus, & alij Mantic. de coniectur. lib. 6. tit. 13. num. 3. Simon de Prætis de interpretat. vltimar. vol. lib. 2. interpret. 3. dub. 1. solut. 3. n. 29. Casanat. cons. 40. n. 6.

Quo

93 Quo supposito, que mayor declaracion, ni que mayor evidencia de que el auer los fundadores en la clausula 2.§.8.puesto la palabra *Por linea derecha masculina*, no mirò, ni pudo mirar a alterar, ni mudar el concepto de la agnacion, que quisieron conseruar en los hijos, y descendientes del Adelantado, su hijo primogenito, para la sucessión deste estado, llamãdo, como llamaron, en defecto de varones por linea masculina, descendientes del dicho Adelantado, a la dicha Condesa de Miranda, y a sus hijos; y descendientes varones, de varon en varon.

94 Ni se opone a la agnacion verdadera, contemplada en los hijos, y descendientes varones por linea masculina del Adelantado, ni a la artificial, que en defecto de aquella quisieron los fundadores conseruar en los hijos, y descendientes de la Condesa de Miranda de varon en varon, el que en otras clausulas estèn llamadas hembras, y varones dellas; porque el llamamiẽto de hembras, y varones de hembras en otras clausulas posteriores, no turban el concepto de agnacion en las lineas de los hijos del Adelantado, ni la artificial, que en defecto de la natural quisieron conseruar en los hijos, y descendientes varones de la dicha Condesa de Miranda, Dom. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 5. & num. 18. adonde pone dos casos: El vno, quando el fundador quiso fundar vn mayorazgo de agnacion absoluta en su familia: El otro, quando rationem agnationis certis personis, seu gradibus adiecit: y en este segundo caso (que es el deste pleyto) la agnacion se restringe ad personas nominatas: y la razon es de la l. atque conditio, ff. de condit. & demonst. ibi: *At quæ conditio ad singulas personas accõmodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo hæ personæ institutæ fuerunt*, vbi notant DD.

95 Ni puede hazer embaraço al derecho del

Con-

Conde de Miranda el llamamiento que el Duque de Avero, y Marques de Cañete pretenden tener en las clausulas posteriores de la fundacion de este estado, en que estàn llamadas hembras, y varones dellas, como parece desde la clausula 5.11.12. y otras, que son las que causan la controuersia entre los dichos Duque de Avero, y Marques de Cañete; porque quando concedamos, que en dichas clausulas tienen llamamiento, este tendrà lugar en su caso, y tiempo, cum non sufficiat esse vocatum, nisi casus vocationis adveniat, como queda fundado; y porque auiendose formado la sucession por los fundadores, y declarado qual ha de suceder en este, ò en aquel caso, esta descripcion de grados, y llamamientos se ha de obseruar, y guardar irreparablemente, l. ad probationem 21. C. de probation. ibi: *Quem tenor scripturæ designat*, D. Molin. de primogen. lib. 1. cap 2. num 27. vbi: *Quod tenor dispositionis derogabit maioratum naturæ*, & lib. 3. cap. 4. num. 38. & seqq. ibi: *Quod si ex evidentissimis, & clarissimis coniecturis constiterit, maioratus institutorem eius voluntatis fuisse, vt fœminæ, propter masculos remotiores excluderentur, ea voluntas, qua id præcisè colligatur sequenda sit*, præbetque rationem, quia illud quod ex legitimis coniecturis elicitur inducit evidentem voluntatem, & si verbis expressa non fuerit, l. licèt Imperator, vbi Bart. & communiter scribentes id notant, ff. de leg. 1. l. quidam testamento, ff. de vulgar. cum pluribus d. n. 38. ponderatis.

95 Et in casu præsenti, no por congeturas, sino por expresso, y literal llamamiento, en falta de descendientes varones por linea masculina del Adelantado està llamada la dicha Condesa de Miranda, y sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon; cõ que teniendo, como tiene, el Conde de Miranda llamamiento literal, y especifico anterior para la sucession

sion deste estado; en falta de descendientes varones por linea masculina del Adelantado, qualquier llamamiento que pretendan tener el Duque de Avero, y Marques de Cañete, obrarà (como queda dicho) en su caso, sin que pueda alterar el derecho tocante al Conde por disposicion anterior expressa de los fundadores, que es lo que prueba el texto en la l.fin.§.Sæio, ff. de leg.2.l.cum ex filio,§.fin.ff.de vulgar.

97 Y esto lo manifiesta, y previene la misma fundacion en las clausulas de que se valen las otras partes, como se verà de la clausula 5. ibi: *Otrosi mandamos, que para la sucession de dichos mayorazgos en los hijos, y descendientes de qualquier posseedor, que el tal posseedor en quien viniere en qualquier tiempo del mundo legitimamente, por la orden, y manera susodicha, sea avido, y representado como el dicho Adelantado; y assi sean llamados, y sucedan en los dichos mayorazgos los hijos, hijas, y descendientes de los posseedores de cada mayorazgo en su linea: Y por aquella forma, orden, y manera, que tenemos dicho, y dispuesto en los fijos, y fijas, y descendientes del dicho Adelantado*: Y esta fue la mayor declaracion que pudieron hazer los fundadores de su voluntad, en orden a que se guardasse la formalidad de los llamamientos, l.si pluribus 33. ff. de leg.1. Bald. in authentic. nisi rogati, num.9. C. ad Trebell. Paris. cons.3.num.53.lib.3.Gramat.cons.105.num. 6.Decian.cons.41.n.110.

98 Fuera de que las palabras *segun dicho es*, inducunt relationem ad præcedentia, & repetitionem eorum, l.iubemus, C.ad Trebell. ibi: *Sicut supradictũ est*, authentic. de hæred. & falcid. §.si quis autem, ibi: *Secundum prius a nobis traditum ordinem*, Menoch. cons.106.num.369.lib.2.Osasch. decis. Pedamont. 23.n.4.

99 Y de lo contrario se siguiera vn absurdo, que

que es el que en la misma fundacion in cõtinenti se corrigerent fundatores, quod admittendum non est, imò impropriari debent verba ad evitandam contrarietatem, ne credatur, quemquam incontinenti mutare voluntatem, como refiriendo a muchos lo pondera el señor Larrea decis. 60. con Mantic. Barbos. y otros.

100 Y la correccion, y mudança de la voluntad in continenti, fuera evidente, si aviendo llamado los fundadores a la Condesa de Miranda, y substituido a la susodicha, y a sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, para la sucession deste estado, y mayorazgo, en falta de descendientes varones del Adelantado por linea masculina; y esto antes que hiziessen llamamiento ninguno de hembras, ni varones dellas: luego por las clausulas siguientes, y posteriores dispusiessen lo contrario, y que sucediessen las hembras, y varones dellas, descendientes de qualquiera posseedor, en quien viniesse en qualquier tiempo del mundo la sucession deste estado, prefiriendo las dichas hembras, y varones dellas, a aquellos a quien avian dado especifico, y literal llamamiento anterior.

101 Fuera de que la inteligencia que las otras partes quieren dar a las dichas clausulas, demàs de ser contra lo literal, claramente se previene en ellas, que se ha de entender lo referido por la orden, y manera que quedaua dispuesto, ibi: *Por la orden, y manera susodicha.* Et ibi: *Y por aquella forma, y orden, y manera, que tenemos dicho, y dispuesto en los fijos, y fijas, y descendientes del dicho Adelantado.* Et hæc pro secundo articulo.

ARTICVLVS TERTIVS.

102 TOdo el conato de los Abogados del Duque de Avero, y Marques de Cañete, cõtra

tra el derecho que resulta à favor del Conde de Miranda en fuerça del llamamiento especifico, y literal de la Clausula 2. §. 9. consiste, en que el llamamiento que por dicha Clausula se le diò a la Condesa de Miranda, y a sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, fue condicional, y debaxo de dos condiciones; la vna, si muriesse el Adelantado en vida de los Fundadores; la otra, si muriesse sin hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina, como parece del mismo §. 9. ibi: *Y si el dicho Adelantado (lo q̃ Dios no quiera) falleciere en nuestros dias, sin dexar hijo, o nieto, o tro descendiente varõ por linea masculina legitima, y de legitimo matrimonio nacido, queremos, y mandamos, que herede el dicho mayorazgo Doña Maria de Cardenas, Condesa de Miranda, nuestra hija legitima; y despues della, si tuviere dos hijos, o mas varones, vn hijo, o nieto, hijo de hijo varon, herede el dicho mayorazgo principal que señalamos para el dicho Don Bernardino el hijo mayor de la dicha Cõdesa, o nieto varon hijo del, en defecto de su padre*; y para el mayoraz segundo, llaman al hijo segundo de la dicha Condesa; Y luego dize la Clausula: *E assi sus hijos, y descendientes varones mayores, segun està dicho de los dichos Don Bernardino, y Don Gutierre.*

103 Supuesta esta Clausula, dizen los Abogados del Duque de Avero, y Marques de Cañete, que en el caso presente faltaron ambas condiciones, sub quibus fue llamada la Condesa de Miranda, y sus hijos, y descendietes varones, de varon en varon; porque el Adelantado sobreviviò a los Fundadores, y muriò dexando hijos, y descendientes varones por linea masculina, que fueron Don Bernardino de Cardenas su hijo primogenito, y Don Gutierre, y Don Diego de Cardenas, sus hijos segundo, y tercero; y que del dicho Don Bernardino descendieron todos los demas que

han

han sucedido en este estado, hasta el Duque Don Francisco de Cardenas, sexto Duque de Maqueda, y el vltimo varon agnado descendiente del Adelantado; cõ que se dize, que caducò el llamamiento de la dicha Cõdesa, y el de sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, ex doctrina Bart. Bald. & post eos Alexan. in l. si mater, §. 1. ff. de vulg.

104 Pero esta opiniõ no procede en materia perpetua, como en el caso presente, en que se trata de la sucessiõ de vn estado, en que los fundadores quisierõ, que perpetuamente sucediessen todos los de su familia (guardando la formalidad de los llamamiẽtos referidos en la fundacion) porq̃ en quãto a la llamada cõdiciõ, *si muriere en nuestros dias*, toca la duda, Fusar. de substitut. quæst. 457. an in fideicommissis perpetuis fiat extensio de tempore ad tempus; y aviendo ponderado la negativa, quod regulariter non fit extensio de tempore ad tempus, en el num. 5. pone la limitacion, in hæc verba, ibi: *Limita primo, quando tempus esset relatum ad personam testatoris, vt si dictum sit, si hæres in vita testatoris decesserit, substituo vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum, nam fideicomissum extenditur, etiam ad tempus quo gravatus moriatur post testatorem, quia conditio mortis in vita testatoris convenit vulgari, nõ autem fideicomissariæ, quæ requirit additionem hæreditatis, l. ille aquo, ff. ad Trebell. l. cohæredi, §. cum filiæ ff. de vulgari, vnde pro validitate fideicõmissi, fit extẽsio ad aliud tempus, scilicet, si hæres moriatur post mortem testatoris.* Fulgos. in l. vltim. col. 2. C. de inst. & substit. Iason in l. 1. num. 25. ff. de vulg. Ludovic. Roman. cons. 56. num. 3. ad fin. Castill. controuers. lib. 5. cap. 110. num. 21.

105 Y aunque en el num. 6. dize Fusar. quod Decius, Beroias, & Menoch. llevaron lo contrario, locis per eum citatis, pero la contraria, quod scilicet exten-

datur conditio, etiam ad tempus quo hæres supervivat testatori, lleva el mismo Fusar. ibi: *Ego tamen omnibus rationibus consideratis, existimo primam opinionem tenẽdam esse, certum est enim, quod testator voluit per fideicommissum substituere, ergo sustineri debet eius voluntas, sustineri autem non potest, nisi fiat extensio ad aliud tempus, si moriatur hæres post testatorem adita hæreditate, verba enim testamenti intelligi debent in casu possibili, Bald. in l. cum antiquitas in princip. C. de vsufructu, & fieri debet interpretatio, vt actus valeat, l. si quando in princip. ff. de leg. 1. Cravet. cons. 25. num. 7. Cephal. cons. 243. num. 31.*

106 Es elegante el consejo 170. de Ruino, vol. 2. en el qual auiendo puesto la misma duda, an substitutio facta alicui, si hæres vivo testatore decesserit, habeat locum si hæres testatori supervivat, aunque enlos primeros numeros, hasta el 4. pondera que no, en el num. 5. 6. y siguientes, funda latissimamente, quod locum habet substitutio, & si hæres testatori supervivat, præbetque rationem: *Quia testator substituit per fideicommissum, vnde per hoc apparet, quod fuit huius propositi, vt alij filij venirent ex fideicommisso, quod esse non posset si vocati dicerentur tantũmodo, casu quo gravatus decederet vivo testatore, vt patet per prædicta*, & in num. 7. ibi: *Quod expressio dicti temporis non stet taxativè, nec restrictive, probatur ex notatis per Bart. in l. pater. §. fundum, ff. de leg. 3. vbi vult, quod si testator prohibeat alienationem quoad prohibitus viveret, expressa ratione, quia voluit, quod bona nunquam exirent de suo nomine, quod prohibitio dicatur perpetua, & duret etiã post mortem prohibiti, quia ratio ampliat, & declarat dictum, l. cum pater, §. dulcissimis, ff. de leg. 2. Quanto ergo magis in casu nostro substitutio debet durare, & locum habere, etiam si gravatus decedat sine filijs post mortem testatoris, ex quo testator substituit expræssè per fidei-*

com-

commissum, quod nõ potest esse validum, si gravatus moriatur vivo testatore, sed solum si supervivat, quia per talem substitutionem apparet magis de mente testatoris, quod noluerit se restringere ad tempus expressum, cum alijs pluribus dicto consilio in favorem substituti ponderatis.

107 Quid ergo in præsenti casu, en que los fundadores quisieron la conservacion deste estado, y mayorazgo perpetuamente en su familia, segun la formalidad delos llamamientos, que son, de que primero se conservasse en los hijos, y descendientes varones por linea masculina del Adelantado; y en falta dellos, en los varones, hijos, y descendientes, de varon en varon, de la Condesa de Miranda su hija legitima, postea vero en los demàs de la familia, segun el orden de los dichos llamamientos.

108 Comprueba el mismo intento la doctrina del señor Luis de Molina de primogen. lib. 1. cap 4 num. 24. en que responde a la duda de si la substituciõ extendenda sit, de casu ad casum, in hæc verba, ibi: *Nõ etiam obstat, quod substitutio, de casu ad casum, extendenda non sit, nam illud procedit, ac verum est, nisi verisimilis voluntas concurrat, prout in casu de quo agimus concurrit, ex verisimili namque disponentis voluntate, substitutio de casu ad casum extenditur, l. Titius, §. Lutius, vbi Iason, & communiter scribentes, ff de liber. & posthum. gloss. in l. tale pactum, §. fin. vbi communiter scribentes, ff. de pactis, & in l. gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. & posth. Iason, & cæteri scribentes in l. si mater, ff. de vulgar. Curt. Sen. qui plura in idem adducit, cons. 76. col. pen. Alexand. cons. 24. num. 34. lib. 2. Parisius cons. 50. num. 52. lib. 3.* Y concluye el señor Molin. d. num. 24. *Quod hæc est communis opinio secũdum Decium in l. si mater, num. 2 C. de instit. & substit. & secundum Iulium Clarum lib. 3. sentent. §. testamen-*

mentum, quæst. 76. reg. 5. & secundum Francisc. Viv. in lib. communium opinionum, vers. Casus non expressus.

109 Y en el num. 25. d. lib. 1. cap. 4. amplia Molina la extension de la substitucion, etiam de persona ad personam, præbetque rationem in hæc verba, ibi: *Absurdumque sit asserere auferendam esse maioratus successionem ab ea persona, cui ex verisimili institutoris dispositione apertissimè defertur, aliijque adversus eius voluntatem adiudicandam, ex eo quod de persona ad personam fideicommissum extendendum non sit, cum ad omnes alios casus, ex mente testantis extēdatur; ideoque contraria opinio, quod scilicet fideicommissum, ex præsumpta testantis voluntate, etiam de persona ad personam extēdatur, nobis magis placet, quā sequutus fuit, Angelus in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de lib. & posth. num. 3. post medium, vers. Fallit etiam, cuius opinionem sequitur Fortunius Garcia, num. 86. & Ioann. Crot. num. 27. idem etiam arbitratur, Paul. in l. Titius in princip. num. 7. ff. de liber. & posth. & videtur esse de mente Baldi, & Imolæ ibid. Eandem etiam opinionem, sequitur Ias. in §. Lutius, eiusdem leg. Titius, n. 7. & cons. 115. num. 4. vol. 4.*

110 Y añade el señor Luis de Molin. dict. n. 23. *Quod secundum hoc est intelligendum, quod dixit ipsemet Ias. in l. cohæredi, §. cum filiæ, num. 12. ff. de vulg. vbi inquit, quod regulariter substitutio, de persona ad personam non extenditur, quasi dicat, secus esse si ex mēte constet; & quod idem etiam existimat Albert. Brun. de statut. excludentibus fœminas in 8. art. princip. q. 19. Curt. Iun. cons. 121. num. 14. Parisius omnino videndus, quia melius, quam alius quæstionem istam prosequitur, cons. 50. num. 54 cum seqq. lib. 3. & cons. 66. n. 66. eodem libro, & quod est de mente omnium scribentium, qui censuerunt ex mente testantis prohibitionem*

alie-

alienationis, de vna persona, ad aliam extendendam esse.

111 Pues si ex verisimili, seu præsumpta voluntate institutoris maioratus, dize el señor Molina, quod substitutio extenditur, de casu ad casum, & de persona ad personam, no siendo, como no es, dudable, quod in præsenti casu, tota fundatorum voluntas, fue de conservar este estado, y grandeza en su familia perpetuamente por via de mayorazgo, segun la graduacion expressada en las clausulas de la fundacion: y no siendo asimismo dudable, quod in maioratibus succeditur per fideicommissum, cum successio requirat additionem in hærede Dom. Molin. lib. 1. cap. 1. num. 7. vbi notat quod idem est, quod testator rem aliquã relinquat filio, vt eam habeat iure maioratus, ac si diceret, quod illa sit fideicommisso perpetuo subiecta, & quod successores sint gravati ad restitutionem, Palac. Rub. in cap. per vestras, de donat. inter vir. & vxor. §. 44. num. 3. Peralta in l. 3. §. *qui fideicommissam*, ff. de hæred. instit. Dom. Covarr. var. lib. 1. cap. 5. num. 74. Valasco, Menchaca, Sarmiento, y otros, a quien refiere Molina; como se puede negar, quod ex natura substitutionis fideicommissariæ, substitutio facta, *si hæres in vita testatoris decesserit*, extenditur etiam ad casum, quo *supervivat testatori*, y que lo contrario seria contra la naturaleza de dicha substitucion fideicommissaria, neque aliàs sustineretur voluntas fundatorum.

112 Ni como puede tener entrada la pretension del Duque de Avero, ni la del Marques de Cañete, contra vna voluntad clara de los fundadores, y especifico, y literal llamamiento, que tiene el Conde de Miranda, como descendiente de la Condesa de Miranda Doña Maria de Cardenas, y su quarto nieto, de varon en varon; siendo assi, que el que pretenden tener los su-

sodichos por las clausulas de dicha fundacion, es poste rior al del dicho Conde de Miranda, y que por las mismas clausulas en que se fundan se previene, que lo dispuesto en ellas se entienda, ibi: *Por la orden, e manera susodicha*. Et ibi: *Y por aquella forma, y orden, y manera que tenemos dicho, y dispuesto en los fijos, y fijas*, y descen dientes del dicho Adelantado.

113 A que se añade, que todas las vezes que concurre la misma razon para que la disposicion obre en diversos casos, non tam dicitur extensio dispositionis, de casu ad casum, quam ipsius dispositionis declaratio, & quod sit comprehensiva vtriusq; casus, Bald. in l. data opera, C. qui accusar. vbi quod id videtur cautum, in quo eadem ratio reperitur, & si materia sit pęnalis. & citat textum in l. his solis, C. de revocand. donat. & l. fin. de indic. viduit. Alexand. cons. 75. n. 3. lib. 5. vbi: *Quod quando in pluribus casibus est eadem ratio, tunc vna, & eadem ratio decidit omnes casus, non per extensionem, imò sicut genus comprehendit species, sic generalis ratio, diversas species casuum emergentium*, idem Alexand. d. lib. 5. cons. 6. num. 24.

114 Pues si la voluntad de los fundadores, y la mente con que obraron, fue instituir, y fundar mayorazgo deste estado para conservarle perpetuamente en su familia, segun, y en la forma que hizieron la graduacion por las clausulas de la fundacion del, precisamente dicha razon vniversal, y generica debe cōprehender tambien el caso en que el Adelantado supervivat fundatoribus, como caso comprehendido sub illa ratione, pro validitate fundationionis maioratus, aliàs sustineri non posset, nisi tempus etiam comprehenderet, quo institutus moreretur post testatorē, como elegantemente asienta Fusario dicta q. 457. n. 5. & 6.

115 Et inde Cephalus cons. 380. num. 37. no

tat

tat quod substitutio facta, *si moriatur*, procedit etiam, *si non nascatur*, cum ratio probabilis differentiæ inter vnum casum, & alium assignari non posset, secundũ Decium cons. 227. num. 12. vbi citat Socinum, & alios, & in num. 38. ponderatur text. in l. qui ventri, cum ibi notatis, ff. de vent. inspic. vbi: *Substitutio, si posthumus nascetur, & decesserit, porrigitur ad casum quo non nascatur, & èconverso*, l. fin. C. de instit. & subst. Corn. cons. 276. sub num. 16. lib. 3.

116 Y la resolucion referida procede, etiam quando sumus in conditione voluntaria, nam & tunc fit extensio de casu ad casum, si militet eadem ratio, & adsit verisimilis, & præsumpta mens disponẽtis, Paul. de Castr. in l. si mater, & ibi Dec. num. 2. C. de instit. & substit. Mantic. de coniect. lib. 11. tit 16. num. 4. vbi notat: *Quod licèt regulariter traditum sit conditionem voluntariam impleri debere in forma specifica, l qui hæredi, in princip. & l. Mævius, de condit. & demonstrat. Tamen hoc intelligendum est, siquidem ipse testator considerauit modũ, & formã, aliud enim est si respexit effectum, qui sequitur ex implemento, quia tunc sufficit, quod iste effectus sequatur, nec refert quomodo sequatur*; l. si mater, de instit. & substit. l. mulier, in princ. ad Trebell. l. fideicom. §. si cui, ff. de leg. 3. l. si ita, ff. quãdo dies legat. ced. Paris. tom. 3. cons. 20. n. 41. Casanat. cõs. 4. n. 53. vbi: *Quod cõditiones volũtariæ extensionẽ admittunt, quando effectus (inspecto finali exitu) a testatore consideratus nobis demonstrat finem, seu effectum debere attendi*, Socin. in d. l. Gallus, §. & quid si tantum, n. 6. Socin. Iun. cons. 145. num. 62. Prætis, lib. 1. interpr. 2. dub. 2. num. 36. Alciat. d. §. & quid si tantum, num. 42. vers. Fallit tertio, Rustic. cons. 1. num. 70. Fusar. de substit. quæst. 460. num. 6. & 7. in §. *Declaratur secundo*, Peregr. de fideicommiss. art. 11. num. 46. & cõsil. 51. num. 17. lib. 5. maximè si persona substituta sit

ni-

nimis dilecta testatori: idẽ Fusar. d.q.460.n.16. cum pluribus quos ibi refert.

117 Y que la voluntad de los Fundadores, respiceret effectum succesionis, se prueba, de que aviendo por la Clausula 2. §. 8. expressamente llamado para la sucesion deste estado, despues de sus dias, al Adelantado su hijo; y por muerte del dicho Adelantado, à Don Bernardino de Cardenas su nieto; y despues de los dias de Don Bernardino, a su hijo mayor legitimo, y que assi fuessen descendiendo de hijo en hijo varon, mayores legitimos por linea masculina derecha para siempre jamas (sin que este llamamiento perpetuo de los hijos, y descendientes de Don Bernardino, hijo primogenito del Adelantado, tenga Clausula, conque, ni condicion alguna.) En la Clausula 3. previene el otro caso de fallecer el dicho Don Bernardino en vida del Adelantado su padre, llamando tambien en caso que fallezca en vida del dicho su padrẽ, a su hijo, nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina; y assi quadra bien lo de Cephal. dict. cons. 380. num. 40. ibi: *Omnes tamen cessant amaritudines, cum testator iste, vtroque casu prospexerit, vel nascentur masculi, & sine filijs quandocumque decesserint, vel non nascerentur, vt supra explicavi.*

118 Prueba assimismo nuestro intento (en inteligencia de la Clausula, *si el Adelantado muriere en nuestros dias*) Paulo de Castro cons. 288. p. 2. in cuius specie testator instituit hæredes filios suos, & apposuit Clausulam sequentem: *Et si ipsi omnes filij ipsius testatoris, extantes tempore eius mortis, decederent quandocumque sine filijs masculis ex se legitime descendentibus, tunc & eo casu legavit pro anima sua congregationi laicorum Sancti Francisci, sub cuius cura regitur, & gubernatur Hospitale Sanctæ Mariæ de la Misericordia civitatis Brixiæ; vnam petiam terræ, & omnia bona immobi-*

mobilia quæ tunc extabant de hereditate ipsius testatoris; la dificultad que se controvirtiò, y sobre que cayò dicho consejo, consistiò en que el legado se hizo debaxo de la condicion: *Si omnes filij extantes tempore mortis decederent quandocumque sine filijs masculis, tunc, & eo casu, legavit pro anima sua, &c.* lo que sucediò fue, que los hijos non extiterunt tempore mortis testatoris, & sic conditio non fuit adimpleta, videbaturque non esse extendendam dispositionem, seu legatum relictum, etiam ad casum quo filij testatoris decederent in vita eius, sine filijs masculis ex se legitime descendentibus: y lo que asienta, y funda Paulo de Castro es, que valiò el legado, y responde al defecto que se oponia de no averse cumplido la condicion, in hæc formalia verba.

119 *Nec obstat si dicatur, ille testator loquutus est in illa particula de filijs extantibus tempore mortis suæ; ergo non fuerunt illi, post quorum mortem voluit testator dicta bona pervenire ad Hospitale, & sic dicta conditio sub qua voluit pervenire, non extitit, argum. l. cōmodissime, ff. de liber. & posth. cum ibi notatis: Nam respondetur, quod & si secundum corticem verborum videatur posse dici, quod ipse testator duo requisierit in dicta conditione, scilicet, quod aliqui filij tempore suæ mortis extent, & quod postea sine liberis omnes decedant, & sic altero deficiente non dicatur conditio impleta, l. si hæredi plures, ff. de condit. instit. & per consequens neque fideicommissum dicatur, l. iubemus, C. ad Tertullian. § pen. attamen non potest aliqua ratio cogitari quare testator voluisset hoc necessario requiri, scilicet, quod filij extarent tempore mortis, ad hoc ut per eorum mortem bona devenirent ad Hospitale, & quare non idē voluit si non extarent, sed præmortui fuerint sine liberis masculis, nam de hoc ultimo potest assignari bona ratio, per l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. sed de primo*

non

non, cũ eadem ratio sit, si decesserint post eius mortem, cũ intentio sua fuerit bona sua pervenire ad masculos primo loco, quibus deficientibus, ad Hospitale, quod voluit præferri filiabus fœminis, ne ergo videantur verba prolata sine ratione, videtur testatorem per illud verbum, extantes, voluisse potius facere demonstrationem, quam conditionem, l. final, §. Titia, ff. de liberat. leg. & quod notat Barth. in l. Centurio, ff. de vulgar. in 4. q. vt sic, sit sensus, quod etiam si extent tempore mortis, si tamen decedant postea sine liberis, velit bona pervenire ad Hospitale, non solum si ante mortem testatoris: & huic menti quæ colligitur ex ratione; potius est standum, quam cortici verborum, l. cum acutissimi, C. de fideicomm. l. cum quæstio in fine, C. de leg. l. fidei, §. hæc verba, ff. de leg. 3. ideo enim sic testator fuit loquutus, quia sic credidit evẽturum, scilicet, quod filij tempore suæ mortis extarent; dispositurus idem, & fortius, si ipsum prædecederent, & sic etiam ille casus venit in sua dispositione, arg. l. si mater, C. de instit. & substit. l. mulier, ff. ad Tertul.

120 Y aunque la condicion de que habla Paulo de Castro es a la trocada de la que se contiene en la fundacion deste estado; porque esta es, si el Adelantado muriere en vida de los fundadores sin hijos, ni descẽdiẽtes varones por linea masculina; y aquella, & si omnes filij ipsius testatoris extãtes tẽpore eius mortis, decederent quandocumque sine filijs masculis; pero la razon en que se funda la resolucion, y sentir de Paulo de Castro, es la mesma en ambos casos, & huic menti quæ colligitur ex ratione, potius est standum, quam cortici verborum, ex d. l. cum acutissimi, C. de fideicommissis, cum alijs pluribus per ipsum ponderatis.

121 Y se prueba asimismo, que el aver llamado los fundadores a la Condesa de Miranda, y a sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, *Si el Adelantado muriesse en vida de dichos fundadores sin hijos*

hijos, ni descendientes varones por linea masculina, mas fue mirar al efecto, y deficiencia de varones agnados de aquella linea, vt substitutio locum haberet, quam ad conditionem inducendam: Ponderacion de Peregrino in simili casu, cons. 55. tom. 2. num. 30. ibi: *Nam dum testator substituit Collegium, si omnes masculi nascituri decederet sine filijs masculis, videtur considerasse hunc effectum deficientiæ lineæ masculinæ, quare dummodo sequatur effectus intentionalis ipsius testatoris, non videtur curandum, an contingat plus vno modo, quam altero, scilicet, aut quia omnes nati moriantur, vel quia non nascantur.*

122 Y aunque Oldrad. cons. 177. llevò lo cõtrario adversus substitutum, y que Peregrino asiente a su sentir en dicho consejo in fine, tamen decisionem Oldradi improbarunt, Aretin. in l. quamdiu, col. pen. ff. de acquir. hæred. Iason in l. 1. num. 59. vbi Ripa, n. 93. ff. de vulg. & latius idem Iason cons. 148. in primo dub. lib. 2. Curt. Sen. cons. 52. col. vlt. & sensit Decius cons. 238. & cons. 318. & adversus Oldrad. idem tenuit Ruinus cons. 94. col. vlt. & 176. ad finem, & cons. 140. num. 8. lib. 2. Socin. Iun. cons. 94. num. 96. lib. 1. & cons. 181. num. 57. vbi communiter improbatam dicit, Tiraquell. in repet. l. si vnquam, num. 50. & 51. C. de revocand. donation. Alciat. cons. 17. & cons. 59. col. vlt. lib. 9. vbi refert adversus illud consilium Oldradi fuisse pronunciatum, & idem Alciatus cons. 103. col. vlt. dicit: *Fuisse quandam phantasiam Oldradi*, contra quem etiam tenuit Mantic. de coniect. lib. 11. tit. 6. Simon de Præris lib. 3. de interpret. vltim. volũt. interpretat. 2. dubitat. 1. solut. 6. num. 51. Hieron. Gabr. cons. 95. num. 3. Y el mismo Peregrin. cons. 40. etiam tenuit contra Oldrad. & latissimè contra ipsum respondit Decian. cons. 1. in primo dubio, vol. 1. Surd. cons. 236. n. 26.

Fue-

123 Fuera de que los terminos en que habla el Consejo de Oldrado fue, quod testator instituit filium primo sibi nasciturum ex ventre vxoris suæ: & si dictus filius decesserit in pupillari ætate, vel postea quandocumque sine prole legitima, substituit illi filium testatoris secundo nasciturum ex dicta vxore: & si dictus filius moriatur in pupillari ætate, vel postea quandocumque sine prole legitima, substituit Bernardum fratrem ipsius testatoris: accidit, quod ex vxore prædicta natus est posthumus tantum, & decessit in pupillari ætate, ad cuius bona vult venire mater, abintestato, & frater vltimo substitutus, ex substitutione: y resuelve Oldrado, quod præfertur mater abintestato, fundalo en que caducò la substitucion ex eo, *Quod frater fuit substitutus sub conditione, si secundo nasciturus decederet in pupillari ætate, vel postea quãdocumque sine hærede, quæ conditio (ait Oldradus) non extitit, quia non decessit, qui nunquam fuit, solus enim vivens moritur*, l. qui duos, ff. de manumiss. testament.

124 Y ademàs, que como queda fundado, esta doctrina, y sentir de Oldrado està reprobada por tantos, y tan graves Autores, como quedan referidos sup.num. funda el auer caducado el llamamiento, y substitucion del hermano del testador; porque aviendo sido substituido filio secundogenito testatoris nascituro, sub conditione si decederet sine prole legitima, no se pudo verificar la dicha condicion, por no aver nacido el tal hijo segundo, cum tamen decederet non potuisset, qui nunquam fuit natus.

125 Tamen, no estamos en estos terminos, sino en otros muy diferentes, que son los de la clausula 2.§.9. ibi: *Si el Adelantado falleciere (lo que Dios no quiera) en nuestros dias, sin dexar hijo, nieto, o otro descendiente varon por linea masculina legitima, herede el dicho*

dicho mayorazgo D. Maria de Cardenas. De manera, que fue substituida al mismo Adelantado, falleciendo en vida de los fundadores, sin hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina; y como queda largamente fundado, illa verba: *Si falleciere en nuestros dias,* extenduntur etiam ad tempus quo supervivat, & decedat sine filijs, & descendentibus masculis per lineam masculinam, vel vt melius dicam, prædictum tempus in ipsa clausula dicitur comprehensum, tam ex natura substitutionis fideicommissariæ, quàm ex mente fundatorum, que fue de conservar perpetuamente el dicho estado en los varones agnados, y descendientes del Adelantado; y en falta dellos en los varones descendientes, de varon en varon, de la Condesa de Miranda, de quien es quarto nieto, de varon en varon, el dicho Conde de Miranda, y en los demàs de la familia, segun la graduacion que les dieron las clausulas de la fundacion.

Respondese a la segunda condicion, si el Adelantado falleciere en nuestros dias sin hijo, nieto, o otro descendiente varon por linea masculina.

126 Ponderase por las otras partes, que tambien faltò la condicion con que fue llamada la Condesa de Miranda D. Maria de Cardenas, ibi: *Si el Adelantado falleciere en nuestros dias, sin hijo, nieto, o otro descendiente varon por linea masculina*; porque el Adelantado muriò con hijos, que fueron Don Bernardino, Don Gutierre, y Don Diego de Cardenas; ac proinde, quod ex defectu prædictæ conditionis, caducò assimismo el llamamiento dela Condesa, y el de sus hijos, y descendientes, ex vulgari cons. 21. Oldradi, de quo Dom. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 16. Dom. Valençuel. cons. 181. num. 47. Gamm. decis. 314. Galeot. con-

 trou.

trou.26. Honded.conſ.60. Martā clauſ. 80.num.7. part.3. Caſanat. conſ.4. & conſ.20. cum alijs pluribus.

127 Pero eſta regla del conſejo de Oldrado no procede en los mayorazgos de Eſpaña, imò, como nota el ſeñor Luis de Molina d.lib.1.cap.6.num.18. ex eorum natura, & perpetuitate prædicta conditio in ipſis filijs, ac etiam nepotibus, cæteriſque deſcendẽtibus repetita cenſenda eſt, cum aliter perpetuitas maioratuum conſervari non poſſet, ſi exiſtentibus liberis, illicò ſubſtitutio expiraret, etiam ſi ipſi filij liberos non haberent; ideò vt eiuſdem memoria conſervetur, primogeniumque ipſum perpetuum ſit, introductum eſt, vt ea conditio perpetuo repetita ſit, nõ enim poteſt aliter inſtitutoris voluntas durare, nec perpetua effici, quod probatur ex l.ſi quis ita legaverit, ff. de condition. & demonſtr. per quem textum voluerunt ſcribentes, quod vbi diſpoſitio facta eſt per verba habentia tractum ſucceſsivum, non ſufficit momentaneum implementum, ſed neceſſe eſt, quod ipſum implementum duret, cum pluribus per Molinam ponderatis d.n.18.

128 Por eſta limitacion general, ſe ha juzgado contra Oldrad. Marzar.conſ.4. & conſ.7.num.10 vbi dicit: *Hanc eſſe receptiſsimam ſententiam, & in quã plurimis graviſsimis iudicijs obſervatam, & quod ita deciſum fuit in conſ. Neapolitan. apud Capic. deciſ.*108. Itaque iudicavit Parlamentum Delphinatus, apud Guidon. Pap. deciſ.531.in fine, & Collegium Paduarum, tèſte Pereg.art.29.num.36. & in hanc ſententiam ſæpiſsimè iudicia inclinarunt, teſte Peregr. conſ. 49.num.5. qui in fine teſtatur, *Ita quoque fuiſſe in ſuo caſu, iterum, atque iterum pronunciatum*, Raudenſ. latiſsimè conſ.36.num.51.lib.1. vbi num.96. dicit: *Cõcurrentibus coniecturis ita fuiſſe iudicatum per Torniellum,*

lum, & in alia Paulum Leonium; tradunt etiam Bursat. cons. 202. num. 45. Menoch. lib. 4. præsumpt. 69. num. 8. Honded. cons. 29. num. 105. lib. 1. Paul. Leon cons. 27. num. 37. & 39. lib. 2. Paris. plenissimè cons. 1. Ioseph. de Rusticis cons. 1. post num. 36. cum pluribus seqq. Fabius de Anna cons. 10. post num. 18. Craveta cons. 992. lib. 6.

129 Y quando solo constara de perpetuitate per coniecturas evidentes, sufficeret, nec procederet consilium Oldrad. Addit. Molin. cap. 6. lib. 1. n. 17. Castill. contr. cap. 89. n. 29. Fusar. de subst. q. 441. n. 4. cum pluribus relatis per Leon. decis. 60. num. 28. & 29. & sic decisum contra Oldrad. ex coniecturis, vt per Thesaur. decis. 96. num. 34. & est singularis additio ad Thesaur. litter. E.

130 Lo qual es en tanto grado verdad, quod Doctor Casanat. cons. 20. num. 2. & 3. procura satisfacer, a lo que (al parecer) avia dicho en el consejo 4. scilicet, consilium Oldrad. procedere, non obstantibus coniecturis perpetuitatis, in hæc verba, ibi: *Tamē nec dixi, nec vnquam apparebit me dixisse, quod procedat adversus omnes coniecturas, sed adversus aliquas tantum, quæ non essent ita vrgentes, vt declaravi, num. 269. & barbarum esset, si ego vnquam asseruissem, Oldradum procedere generaliter, & indistincte, etiamsi in contrarium appareret mens ex coniecturis deducta, cum de hoc sit textus expressus, quem cavillare non poterit pars adversa, in l. 1. C. de condit. insert.*

131 At verò in præsenti casu, estamos en vna clara, expressa, y evidente fundacion de mayorazgo, fecha en virtud de facultad Real, repetida la palabra mayorazgo en el proemio, y en casi todas las Clausulas de la fundacion; y con solo el dezir los Fundadores, que fundan mayorazgo, califican la perpetuidad en la familia, guardando la graduacion de los llamamien-

tos,

tos, D. Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. num. 37. & n. 39. ibi: *Ea nãque est maioratus natura, vt ea bona, quæ maioratui subijciuntur, in familia ipsius maioratus institutoris perpetuo conservari debeant.* Y no solo se califica la perpetuidad deste estado por la palabra *mayorazgo*, repetida en las Clausulas del, sino con los llamamientos, y substituciones perpetuas, *para siempre jamas*, como parece de las Clausulas de la fundacion.

132 Podrasse replicar contra la limitaciõ del señor Luis de Molina al consejo de Oldrado, que no es aplicable a este caso, en que el defecto de la dicha condicion no se pondera, para pretender, que los bienes quedaron libres, porque no obstante serà siempre perpetua la sucessión deste estado, y mayorazgo de Maqueda en la familia: y que no por aver caducado la substitucion de la Condesa de Miranda, y de sus hijos: y descendientes varones, de varõ en varon; por defecto de la condicion, si sine liberis decesserit, no por esso faltarà para siempre la sucession, respecto de los susodichos, sino es en aquella ocasion, y lugar en que debaxo de dicha condicion estavan llamados, y substituidos.

133 Y que el suceder primero esta, ò aquella linea, y el que se prefieran vnos a otros, ò el varon por linea masculina a las hembras, no tiene que ver con la perpetuidad del mayorazgo, ni la ofende; ac proinde, que aviendose de regular la sucession en esta forma, hallandose las otras partes en mejor linea, han de preceder, sin atencion al derecho del Conde de Miranda, fundado en la dicha Clausula.

134 Pero esta replica no subsiste contra la limitacion del señor Molina al consejo de Oldrado; porq̃ quantoquiera que aviendo dicho en el lib. 1. cap. 6. n. 26. *Quod omnium conditionum repetitio ad perpetuitatem maioratus necessaria, facienda sit*; y que en este mis-

mo

mō numerō asſientā: *Quod maſculinitatis repetitio ad perpetuitatem maioratus neceſſaria nō eſt, cum poſsit maioratus, tam in fœminis, quam in maſculis perpetuus eſſe, & quia hæc maſculinitatis repetitio, vt fœminæ proximioris gradus excludantur, ſit quodammodo adverſus maioratuum Hiſpanorum naturam*; ex quo deduci poterat non eſſe in Hiſpanorum maioratibus maſculinitatitis repetitionem faciendam, vt maioratus perpetuitas conſervetur: luego limita eſto, in hæc verba, ibi: *Sed ex eo quod eiuſdem inſtitutor agnationem, etiam cōtra maioratuum communes regulas cōſervare voluerit, quod ex ratione expreſſa, & alijs coniecturis efficiendum erit.* De ſuerte, que quādo conſta de voluntad expreſſa del Fundador, quod proſpexit agnationi, tunc maſculinitatis repetitio ad perpetuitatem maioratus fieri debet, vt fundatoris voluntas obſervetur.

135 Eſta miſma repeticion aſsienta aſsimiſmo el ſeñor Molin. lib. 3. c. 5. de primog. n. 58. ibi: *Hac autem ſecunda opinio quam nunc, tanquam probabiliorem eligimus, non procedit vbi ratio conſervandæ agnationis in maioratu expreſſa, vel ſub intellecta eſt, tunc namque certiſsimum eſt, qualitatem maſculinitatis in vna parte ſubſtitutionum expreſſa ad alias referendam eſſe.* Sicque declarat, & intelligit doctrinam Bart. in l. fin. ff. ad Trebel. Socin. in l. cum auus, ff. de condit. & demonſt. Anchar. conſ. 26. Carol. Ruin. conſ. 146. n. 7. Curt. Iun. conſ. 139 num. 15. y otros muchos que refiere el ſeñor Molin. dict. num. 58. y cōcluye: *Quod omnes prope ſcribentes pro prima opinione citati idem ſentire videntur, & quod iſtam concordiam inter opiniones contrarias ſequutus fuit, Anton. Gab. lib. 3. tit. de teſtament. concluſ. 10. n. 16.*

136 Y como queda ponderado, los Fundadores evidentiſsmamente manifieſtaron, y declararon ſer ſu voluntad conſervar rigurosiſsima agnacion en los

 deſ-

descendientes del Adelantado varones, de varon en varon por linea masculina, como parece de la Clausula 2. en los §§.3.y 4.5.6.7.y 8.prope fine (porque aunque al principio del §.8.se presupone, que en este estado, y mayorazgo han de suceder hijas, pero se declara, que esto ha de ser por las reglas deste mayorazgo, que de suso seràn declaradas.

137 La misma voluntad respectivè a la conservacion de dicha agnacion, en los hijos, y descendientes del Adelantado, se prueba de la Clausula 3. y del §.1.della, y de la Clausula 4.en los §§.1.y 2.y en caso de fallecer el Adelantado sin hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina, se convence, q̃ su voluntad fue de conservar agnacion artificial en los hijos, y descendientes varones de varon en varõ; de la Condesa de Miranda, vt ex Clausula 2.§. 9. fundatum remanet.

138 Y la Clausula 4. §. 3. en caso que todos los hijos del Adelantado falleciessen en su vida de dicho Adelantado, sin hijos, ò nietos, ù otros descendientes varones por linea masculina, aunque dexassen hijas, ò nietos, ò otros descendientes dellas, llamaron a Doña Teresa, hija del Adelantado, y a sus hijos, y descẽdientes varones mayores, de varon en varon por linea masculina, segun estava dicho de D. Bernardino, y D. Gutierre.

139 Y en el §.4.si dicha Doña Teresa, hija mayor del Adelantado falleciesse en vida de su padre, sin hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina, llamaron a la otra hija del Adelantado, y su hijo, y nieto varon, hijo del hijo; y por esta manera a sus sucessores de varon en varon, segun queda dicho de la dicha Doña Teresa de Cardenas, y de los dichos D. Bernardino, y Don Gutierre.

140 De suerte, que mientras se pudiesse con-
ser-

ſeruar la agnacion verdadera en los hijos, y deſcendientes del Adelantado, la quiſieron conſervar, y en falta de varones agnados deſcendientes del dicho Adelantado, miraron a conſervar la agnacion artificial en los hijos, y deſcendientes varones, de varon en varon, de la Condeſa de Miranda ſu hija, y en los hijos varones de D. Tereſa, hija mayor del Adelantado, y nieta de los fundadores; y en defecto dellos, en los hijos, y deſcendientes varones, de varon en varon de otra hija del Adelantado, ſegun, y en la conformidad, y cō la prioridad, y formalidad que eſtàn graduados los llamamientos, que no puede ſer mayor, ni mas evidente manifeſtacion de la voluntad de los fundadores, de conſervar agnacion verdadera, y natural mientras huvieſſe varones agnados deſcendientes del Adelantado, y agnacion artificial en falta de la natural, en los varones de las ſuſodichas, hija, y nietas de los fundadores.

141 Et inde eſt, que como dize el ſeñor Luis de Molina d.lib.1.cap.6.num.26. licèt non inducatur repetitio maſculinitatis ad perpetuitatem maioratus, cum repetitio iſtius qualitatis ad ea neceſſaria non ſit, imò ſit quodammodo adverſus maioratuum Hiſpanorum naturam; pero limita eſto ex inſtitutoris voluntate, ibi: *Sed ex eo, quod eiuſdem inſtitutor agnationem, etiam contra maioratuum communes regulas conſervare voluerit, quod ex ratione expreſſa, & alijs coniecturis efficiendum erit.*

142 Y la obſervancia deſta voluntad pondera Caſtill. quem retulimus, ſup. d.cap.181.n.1. propè finem, in illis verbis, ibi: *Is enim vocationum, & ſubſtitutionum ordo præcisè ſervandus erit, quem teſtator, maioratuſve inſtitutor conſtituerit, & aſsignaverit. Sive unuſquiſque ſuccedat eo ordine quo vocatus fuerit; quamvis in vocationibus ipſis à regulis ordinarijs*

ſuc-

succesionis recesserit, nec contra voluntatem institutoris eiusdem, aliquis audiri debebit.

143 Pues si el Duque de Avero, y Marques de Cañete hã intẽtado la Tenuta en virtud de la fundaciõ deste estado, y mayorazgo, y en ella los Fũdadores hã dispuesto los llamamientos, y graduado la sucesiõ en la forma referida, como en perjuyzio del Conde de Miranda, que tiene llamamiento anterior por varon descendiente de la Condesa de Miranda de varon en varon, y contra lo dispuesto por la misma fundacion de que se valen, pueden pretender la Tenuta de dicho estado, y mayorazgo.

144 Secundo, no procede el consejo de Oldrado, para que por auer dexado hijos varones el Adelantado, caducasse el llamamiento, y substitucion de la Condesa de Miranda, ni el de sus hijos, y descendiẽtes varones; porque no estamos in simplici conditione, si sine liberis, sed in cõditione duplici, ibi: *Falleciere sin dexar hijo, o nieto, o otro descẽdiẽte varõ por linea masculina*, quæ operatur idẽ, ac si diceret, si decesserit sine filijs, & descendentibus masculis per lineã masculina, quæ dictio *Descendentibus*, est inductiua perpetuitatis, & tractus succesivi perpetui, Paris. cons. 75. ex n. 57. vsque ad 64. lib. 2. Simon de Prætis lib. 3. interpr. 3. dubitat. 3. solut. vltim. num. 11. Thesaur. dicens ita iudicatum, decis. 270. n. 29. Deciano, Ponte, & alij relati per Casanat. cons. 20. n. 9.

145 Tertio, non procedit consilium Oldradi, por auer dispuesto el fundador, que se suceda ordine primogenituræ in omnibus lineis, & gradibus substitutionum, quod (ait Casanate dict. cons. 20. num. 13.) facit, vt cesset omnino decisio Oldradi, ita illum limitant Molin. lib. 1. cap. 6. num. 16. & 18. Mieres de maiorat. part. 2. clare dicens: *Quod si testator voluit succedi ordine primogenituræ, eo ipso censetur gravamen*

de-

decedendi sine filijs in omnibus descendentibus repetitam, Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 69. n. 15. & consl. 220. num. 34. dicens: *Quod vbi disponens voluit bona devenire ad primogenitos, vel natu maiores, non attenditur conditio si sine filijs, nec procedit Oldradus.*

146 Supuesto, pues, lo dicho, como en el caso presente se puede ponderar el consejo de Oldrado, para inducir caducacion del llamamiento de la Condesa de Miranda, y de sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, ex defectu conditionis, por aver muerto el Adelantado con hijos? Cum tamen non procedat Oldradi consilium, quando ex dispositis in fundatione, clare, & manifestè apparet consideratam fuisse perpetuitatem, fundatoresque voluisse favore vlteriorum substitutorum gravare, tàm parentes, quàm eorum filios, & descendentes in perpetuum, y que la perpetuidad se ha de repetir con la formalidad que por las clausulas estuviere graduada la sucession, Castill. supr. contr. tit. 6. d. c. 181. n. 1.

Pruebase por otras clausulas de la fundacion, y de la forma en que se han practicado, y entendido, que no caducò el llamamiento, y substitucion de la Condesa de Miranda, y de sus hijos, y descendientes varones, por aver sobrevivido el Adelantado a los fundadores.

147 La misma inteligencia legal, que queda ponderada en satisfacion de la clausula, *Si el Adelantado fallecieren en nuestros dias*, se halla practicada a la letra en inteligencia de otras clausulas de la misma fundacion, como parece de la clausula tercera, que inmediata se sigue al §. 9. de la clausula 2. en que està llamada la dicha Condesa de Miranda, y sus hijos.

148 *Otrosi, si acaeciere que el dicho D. Bernardino falleciere en vida del dicho Adelantado su padre, e dexare hijo, o nieto, hijo de hijo varon, e otro descendiente varon por linea masculina, queremos, y mandamos, que este tal varon descendiente del dicho Don Bernardino, suceda, y aya el dicho mayorazgo del dicho Don Bernardino, y no el dicho D. Gutierre, ni otro hijo del dicho Adelantado.*

149 Ecce, que en esta clausula està substituido el hijo, ò nieto, hijo de hijo varon, ò otro descendiente varon por linea masculina de Don Bernardino, *Si el dicho Don Bernardino muriesse en vida del Adelantado su padre.* Don Bernardino no muriò en vida del Adelantado, sino que le sobreviviò: y assi se reconoce por el Arbol, porque el Adelantado, que està en el num. 2. fue el primer Duque de Maqueda, y D. Bernardino su hijo primogenito, Arbol, num. 6. fue segundo Duque de Maqueda, por aver sobrevivido a su padre: y sin embargo que sobreviviò al dicho Adelantado, sucediò en este estado, y mayorazgo por su muerte Don Bernardino de Cardenas su nieto; y por su muerte sucediò Don Iorge de de Cardenas Manrique, quarto Duque que fue de Maqueda; y por muerte del Duque Don Iorge sucediò el Duque Don Iayme, quinto Duque; y por su muerte el Duque D. Francisco de Cardenas su hijo, sexto Duque de Maqueda, por cuya vacãte se introduxo la Tenuta a este estado, y mayorazgo.

150 Con que se dize por esta parte, si el hijo, nieto, o otro descendiente varon, hijo de Don Bernardino, hijo primogenito del Adelantado, que fueron llamados, y substituidos, *Si Don Bernardino falleciesse en vida del Adelantado su padre*, sucedieron entendien-

diendose esta Clausula (ob perpetuitatem maioratus, de quo agitur, & in quo succeditur per fideicōmissum) quod extēderetur, etiā ad casū, quo decederet post eius mortem, vt substitutus filius, nepos, aut alius descendens masculus ex eo succederet; la misma inteligencia se debe dar a la clausula, *Si el Adelantado muriere en vida de los fundadores*, vt extendatur de tempore ad tempus, quia clausula in vna parte fundationis vno modo intellecta, sic etiam intelligi debet in alia parte dispositionis, in qua deducitur in dubium, Bartol. in l. Centurio, num. 27. ff. de vulgar. Ripa ibidem, n. 27. per l. qui filiabus, ff. de leg. 1. l. vtrum, ff. de petitione hæreditatis, Casanat. consf. 20. num. 41. vbi dicit: *Vulgatissimum esse substitutionem præcedentem, declarationem, & interpratationem recipere à sequenti, & è converso, non ex interpretatione extensiva, sed potius declarativa*, vt ex l. 2. nuncupatim notat Bartol. & ibi communiter scribentes, C. de impuber. Mascard. de probat. conclus. 1351. n. 3. & per tot.

151 Et in consf. 47. num. 47. asienta Casanat. por conclusion llana, quod quando adest eadem ratio, & illa ostendi potest, dubitationem non habet prædicta conclusio, vt vna pars declaretur per aliam, Ruin. consf. 93. num. 15. vers. *Et hoc præcipuè*, lib. 2. Curt. Iun. consf. 46. num. 7. Mantic. de coniect. lib. 6. tit. 13. num. 8. in fin. Decian. dicens hoc esse indubitatum, consf. 74. num. 46. & consf. 86. n. 26. & consf. 89. n. io. lib. 3.

152 Et in num. 48. pondera, quod etiam si non constet adesse eandem rationem, idem erit in dubio, quando non potest reddi ratio diversitatis, Bursat. consf. 228. num. 61. lib. 3. Sforcia Perus. consf. 95. n. 83. dicens hanc conclusionem sine aliquo scrupulo procedere.

153 Prædicta a fortiori procedunt, quando se-

ſecunda clauſula eſt copulata, cùm prima per dictionem continuativam, & repetitivam, v. g. *Et ſi dicti liberi*, Tondutus qq. civil. p. 2. cap. 119. n. 5. & 6. Rota deciſ. 143. num. 8. p. 2. recent. Ancharran conſ. 362. n. 4. Pereg. de fideicommiſſ. art. 7. num. 48. in fin. referens Signorolum conſ. 119. num. 2. vbi: *Quod copula, qualitatem præcedentis extremi, adiungit ſequenti, & extrema ſua vniformiter coniungit, & maximè ſi addita fuiſſet aliqua dictio relativa.*

154 Y la clauſula en que eſtà llamado el hijo, nieto, ò deſcendiente varon por linea maſculina de D. Bernardino, *Si el dicho D. Bernardino falleciere en vida del Adelantado ſu padre*, ſe ſigue inmediatamẽte per verba continuatiua, & repetitiua, a la clauſula antecedente, en q̃ tiene llamamiẽto; y eſtà ſubſtituida la Condeſa de Miranda, y ſus hijos, y deſcẽdiẽtes varones, de varõ en varõ, ſi el Adelãtado falleciere en vida de los fundadores ſin hijos, ni deſcẽdiẽtes varones por linea maſculina. Con que euidentemente ſe ajuſtan las doctrinas, para que auiendoſe practicado, y entendido aſsi la clauſula reſpectiua a la ſubſtitucion del hijo, nieto, o deſcendiente varon de Don Bernardino, *Si dicho Don Bernardino muriere en vida del Adelantado ſu padre*, ſe aya de entender en la meſma forma la clauſula que mira a la ſubſtitucion de la Condeſa de Miranda, y de ſus hijos, y deſcendientes varones, *Si el Adelantado muriere en vida de los fundadores*, para q̃ no obſtante averles ſobrevivido, ſe transfirieſſe por muerte del Duque Don Franciſco de Cardenas, ſexto Duque de Maqueda, la poſſeſsion ciuil, y natural en el Conde de Miranda D. Franciſco de Zuñiga y Cardenas, y por ſu muerte en el Conde D. Diego ſu hijo, que litiga.

155 La miſma inteligẽcia ha tenido otra Clauſula de la miſma fundacion, que es la 2. en el §. 5 en la

qual,

qual, despues de aver los Fundadores llamado al Adelantado, y dispuesto, que por su muerte se dividiessen los dos mayorazgos que fundaron, el de Maqueda en su hijo primogenito Don Bernardino, y el mayorazgo segundo en Don Gutierre de Cardenas, hijo segũdo del Adelantado, siendo vivos al tiempo del fallecimiento del dicho Adelantado, añade la Clausula, y sino fueren vivos los dichos D. Bernardino, y D. Gutierre al dicho tiempo: *Que sus hijos legitimos mayores de los dichos Don Bernardino, y Don Gutierre falleciẽdo en vida del Adelantado, sucedan en los mayorazgos de sus Padres.*

156 De suerte, que tambien en esta Clausula estàn llamados los hijos de Don Bernardino, y Don Gutierre, para la sucessión deste estado, y del otro mayorazgo segundo: *Falleciendo dichos Don Bernardino, y Don Gutierre, en vida del Adelantado*, y sin embargo se ha entendido esta Clausula, que aunque el dicho D. Bernardino sobreviviò al Adelantado, no caducò la substitucion de su hijo, nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina, sino que sucediò su nieto D. Bernardino de Cardenas, y los demas descendientes varones, de varon en varon, del dicho D. Bernardino, hasta el Duque Don Francisco de Cardenas, sexto Duque de Maqueda.

157 Y assi de la forma en que se han entendido, y practicado dichas dos Clausulas, y las palabras; *si murieren en vida del Adelantado*, se percibe la inteligencia que deve tener la Clausula, en que se diò llamamiento a la Condesa de Miranda, y a sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, no obstante que dicho Adelantado sobreviviò a los fundadores cõ hijos, y descendientes varones por linea masculina.

158 Y este es el mejor medio para conocer la

voluntad de los Fundadores, discurriẽdo por las Clausulas de la fundacion, como elegantemente ponderò Don Iuan del Castillo controvers. tom. 6. cap. 181. n. 2. ad finem, ibi: *Voluntatem quoque ipsam institutoris maioratus diligenter inquirere debemus, eamque ex omnibus clausulis, & verbis dispositionis elicere; cum enim in dubio versamur, & de interpretanda, atque detegenda testatoris, aut institutoris maioratus voluntate, agitur, non vnam tantum clausulam testamenti, seu dispositionis, sed omnes clausulas, & tenorem integrum testamenti inspicere debemus*, trae à Bald. Decio, Iason, Præ tis, y otros.

159 Y todas las vezes que llega a aver duda en la inteligencia de las Clausulas de vn mayorazgo, ù de vn privilegio, ù de otro qualquier instrumento, esta duda la declara la observancia subsequuta; probat D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. num. 57. ex doctrina Abbatis in cap. cum dilectus, de consuetudine, cum alijs pluribus dict. num. relatis, Ioseph. Ludovic. cõmun. opinionum, tit. de observantia subsequuta, conclus. 37. num. 1. Aymon Cravet. cons. 101. num. 3. ibi: *Quod ex observantia subsequuta declaratur ambiguitas, quæ in præcedentibus esse poterat, l. minime, l. si de interpretatione, ff. de leg. ex his enim quæ postea fiunt, declaratur qualis fuerit animus in præcedentibus*, l. sed & Iulianus, §. proinde, ff. ad Macedon. l. si servus pluriũ, §. final, ff. de leg. 1. Alexand. Raudens. respons. 41. n. 4.

160 Y es tan poderosa esta interpretacion, y declaracion, quæ oritur ex observãcia subsequuta, quod ab ea non est recedendum, licet alius intellectus de iure verior esse, D. Christoval de Paz de tenuta, cap. 57. num. 165. circa finem, ibi: *Imò (quod animadversione dignum est) quamvis prædicta interpretativa observãtia, sit contra verum sensum legis, debet prævalere intellectus consuetudinis, & non intellectus legis*, Rot. decis.

574.num.3.p.1.diverſ.D.Valenç.conſ.52.num.49.
& conſ.53.num 9.Gratian.diſcept.forenſ.cap. 522.
num.30.& 31.Vivius deciſ.66.num.3.

161 Y el ſeñor Salgad.de retent.p.1.cap.9.num.
12.notat, quod obſervantia, & conſuetudo interpræ-
tativa dirimit omnia dubia, & declarat omnem diſpo-
ſitionem, hominis, & legis; & quod nõ requiritur præſ
criptio, ſed aliquando ita fuiſſe de facto obſervatum.

162 Menoch.de arbitrar.caſu 199.vbi, aviendo
dicho en el num.7.quod non ex cortice verborum fa-
cienda eſt interpretatio, ex Bald.conſ.77.lib. 2. en el
num. 11.aſsienta: *Quod ea interpretatio approbari de-
bet, quam iam conſuetudo recepit*, Dec.conſ.441. num.
13. *Qui reſpondit conſuetudinem, omnem diſpoſitionem
interpretare, quin requiratur quod ſit præſcripta, ſed
quod ſola obſervantia ſufficit*, Caſtrenſ.conſ.347.

163 Y es elegante lugar al propoſito el de Rau-
denſe conſ.47.num.15.ibi: *Secundo reſpondetur, non
poſſe revocari in dubium validitatem ſtatuti, & decla-
rationis, ſi verum eſt quod ita fuerit obſervatum*, Cra-
vet.conſ.158 num.1.& 2.conſ.74 num.7.Menoch.
conſ.360.num.16.Ciriac.controverſ.cap.182.n.45.
& 46.part.1.

164 Vnde, ſiendo como es evidente, que el nie-
to, y demas deſcendientes de Don Bernardino, varo-
nes por linea maſculina, ſucedieron en eſte eſtado, y
mayorazgo, no obſtante que fueron ſubſtituidos en
diferentes Clauſulas, ſub illis verbis: *Falleciendo dicho
Don Bernardino en vida del Adelantado ſu padre*; y
que eſta Clauſula ſe ha entendido, y practicado en tã-
tos ſucceſſores, etiam en el caſo de ſobrevivir dicho D.
Bernardino al Adelantado, como ſe puede dudar, de
que en la miſma forma ſe deve entender la Clauſula,
en que los fundadores dieron llamamiento a la Con-
deſa de Miranda, y à ſus hijos, y deſcendientes varo-

nes

nes,de varon en varon, ſub eiſdem verbis: *Si el Adelantado muriere en nueſtros dias, ſin dexar hijo,o nieto, o otro deſcendiente varon por linea maſculina*, quanto quiera que ſobrevivieſſe a los miſmos Fundadores, dexando(como dexò)hijos, y deſcendientes varones por linea maſculina,que ſon los que han ido ſucediendo haſta Don Franciſco de Cardenas,ſexto Duque que fue de Maqueda,y vltimo poſſeedor deſte eſtado,por cuya muerte ſe introduxo la tenuta en el Conſejo por el Conde de Miranda.

165 Y para que ſe reconozca quan poco fundamento tiene vna y otra pretenſion del Duque de Avero,y Marques de Cañete, quatenus quieren ſuceder en eſte eſtado,y preferirſe al Conde de Miranda (que ſe halla anteriormente llamado) cō pretexto de que ſon de la linea primogenita del Adelantado;ſe deve conſiderar demas de lo que queda ponderado, lo que diſpone la Clauſula 4. §.3.en que diſponen los Fundadores: *Que ſi acaeciere,lo que Dios no plega,que todos los hijos varones del Adelantado fallecieren en ſu vida del dicho Adelantado ſin dexar hijos,ò nietos de hijos,o otros deſcendientes varones por linea maſculina de legitimo matrimonio nacidos, è dexare fijas,ò nietos, ò otros deſcendientes dellas,los dichos dos mayorazgos vengan à Doña Tereſa,hija mayor del Adelantado,ſiendo viva, aunque quede nieto varon del dicho Adelantado, hijo de otra hija menor,que la dicha Doña Tereſa*;y ſino fuere viva,llaman a ſu hijo mayor legitimo, ò nieto varon,hijo del tal hijo,y ſus deſcendientes mayores legitimos de varon en varon mayor legitimo por linea maſculina,ſegun eſtava dicho del dicho D. Bernardino,y D.Gutierre.

166 Y en el §.4.de dicha Clauſula 4.en caſo que Doña Tereſa, hija mayor del Adelantado, fallecieſſe en vida del Adelantado, ſin dexar hijo,ò nieto,ò otro

deſ-

descendiente varón legitimo por linea masculina, aunque dexe hijas, y descendientes dellas; y no siendo vivos los dichos hijos, y hija mayor del Adelantado, llaman los Fundadores a la otra hija mayor del Adelantado; y en su defecto al hijo mayor della, y nieto varon, hijo del hijo, y por esta manera los sucessores de varon en varon mayor legitimo, segun queda dicho de la dicha Doña Teresa de Cardenas, y de los dichos D. Bernardino, y D Gutierre.

167 Y despues de estas clausulas se sigue la clausula 5. en que los fundadores dan llamamiento a los hijos, y hijas, y descendientes de los posseedores deste estado; pero con esta clausula, ibi: *Por la orden, y manera susodicha.* Et ibi. *Y por aquella forma, orden, y manera que tenemos dicho, y dispuesto en los hijos, y hijas, y descendientes del Adelantado.*

168 Pues que mayor, ni mas expressa declaracion de la voluntad de los fundadores, exclusiva de la pretension de las otras partes, en quanto se fundan en la prerogativa de linea, supuesto que disponen, que aun en caso que todos los hijos del Adelantado falleciessen en vida del dicho su padre, no dexando hijos, ni nietos de hijos, ni otros descendientes varones por linea masculina, aunque dexen hijas, ò nietos, ò otros descendientes dellas, passe la sucesion a la hija mayor del Adelantado; y que en defecto della suceda su hijo mayor, ò nieto varon, hijo del tal hijo, y descendientes mayores legitimos, de varon en varon, por linea masculina; y en falta dellos passe la sucesion a la otra hija segunda del Adelantado, y a sus hijos, y descendientes varones, segun avian dispuesto en la dicha D. Teresa, y D Bernardino, y D. Gutierre.

169 Porque en estas clausulas hallamos preferidas las hijas del Adelantado, y sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, a las hembras, y va-

varones dellas, descendientes de los hijos del dicho Adelantado; con ser asi, que estos, como descendientes de D. Bernardino, y de linea primogenita, avian de preceder, si los fundadores atendieran a la prerogativa de linea; pero como su voluntad fue fundar mayorazgo de agnacion rigurosa en los hijos, y descendientes varones agnados del Adelantado su hijo; y en defecto de agnacion verdadera, y natural, por falta de varones agnados descendientes del Adelantado, quisieron conservar la artificial en los hijos, y descendientes varones, de varon en varon, de la Condesa de Miranda D. Maria de Cardenas su hija, como queda fundado en el Articulo segundo desta informacion; de la misma suerte quisieron conservar tambien la agnacion artificial en los hijos, y descendientes, de varon en varon, de las dos hijas del Adelantado, segun se cōtiene en las clausulas de la fundacion.

170 Y si estas, y sus hijos, y descendientes de varon en varon, por expressa disposicion de los fundadores avian de preceder a las hembras, y varones dellas, descendientes de Don Bernardino, hijo mayor del Adelantado, como quieren, el Duque de Avero, ni el Marques de Cañete, que son varones de hembra de la linea de Don Bernardino, preferir a los varones descendientes, de varon en varon, de la Condesa de Miranda, que tienen anterior llamamiento al de las hijas del Adelantado, y descendientes varones dellas? ex regula legis de accessionibus, ff. de divers. & temporal. præscription. si vinco vincentem te, &c.

171 En que se debe considerar asimismo quan legal, y justamente debieron preferir (como con efecto dieron prelacion los fundadores) a su propria hija D. Maria de Cardenas Condesa de Miranda, para la sucession deste estado, y a sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon (respecto de sus nietas, hijas

jas del dicho Adelantado su hijo) tanquam magis dilectam, & a fundatoribus cognitam, ipsisque proximiorem; nam testator censetur maiorem affectionẽ habuisse erga filias natas, quam erga neptes nascituras, quæ tempore testamenti non erant in rerum natura, gloss. in l. qui filiabus, ff. de leg. 1. l. Titius, l. idem tutor, ff. de suis & leg. hæred. l. alumnos, ff. de manumiss. vindict. Socin. cons. 69. n. 36. vol. 3. Cephal. cõs. 105. n. 23. & 24. Menoch. cons. 1. n. 185. Honded. cons. 57. num. 12.

172 A que se añade (en exclusion de las otras partes) que el llamamiento absoluto comprehensivo de hembras, y varones dellas, contenido en la clausula 5. por donde pretenden el Duque de Avero, y Marques de Cañete tenerle, contiene, como queda dicho, las palabras, ibi: *Por la orden, y manera susodicha.* Et ibi: *Por aquella forma, y orden, y manera que tenemos dicho, y dispuesto en los hijos, y hijas, y descendientes del Adelantado.* Et prædicta verba: *Por la orden, y manera susodicha*, declarant mentem fundatorum, vt velint formam, & ordinem supradictum protinus observari, ponderant Cravet. cons. 98. num. 11. Sfortia cons. 67. num. 34. dicens hoc admisisse Marzarium cons. 4. num. 26. Honded. cons. 78. n. 19. lib. 1. Dec. cons. 287. num. 10. Alexand. cons. 59. num. 21. lib. 3. Alexand. Raudens. de analog. cap. 5. num. 87. Prætis de interpret. lib. 2. num. 66. Peregrin. art. 26. de fideicommiss. n. 23. Casanat. cons. 4. n. 145.

173 Y auiendo en las clausulas antecedentes preferido en la sucessión a los varones agnados descẽdientes del Adelantado; y en falta dellos a la Condesa de Miranda, hija de los fundadores, y a sus hijos, y descendientes, de varon en varon, y en las clausulas siguientes llamado a las hijas del Adelantado, y a sus hijos, y descẽdientes varones, de varon en varon, segun que-

queda ponderado, quantoquierā qūe en la clausula 5. y en otras subsiguientes estèn llamadas absolutamente las hembras descendientes de qualquiera posseedor en quien viniere el mayorazgo en qualquier tiempo del mundo; pero a este llamamiento le acompañan las dichas palabras, *Por la orden, y manera susodicha*, quæ verba operantur, vt talis ordo, & forma inviolabiliter obseruetur: y lo dispuesto en dicha clausula, y en otras posteriores tendrà lugar, y se guardarà en su caso, y tiempo, l. fin. §. Sæio, ff. de leg. 2.

174 Pero para que se conozca quan poca subsistencia tiene la pretension de las otras partes, quatenus innititur, en que caducò el llamamiento, y substitucion de la Condesa de Miranda, y de sus hijos, y descendientes varones, de varon en varon, ex defectu prędictæ conditionis, si el Adelantado falleciere en nuestros dias sin hijo, ò nieto, &c. se representa, que quādo esta clausula no estuuiera entendida (como lo està) cō la obseruancia subsequta en todos los descendientes de D. Bernardino de Cardenas, y quę no quedara, como queda fundado, ser dicha obseruancia conforme a la disposicion de derecho: Esta misma clausula, entendida con fuerça de condicion, segun, y como pretenden las otras partes, les excluyera de la sucession deste estado, y mayorazgo; porque como parece por la clausula 11. §. 1. y clausula 12. de que se valen las otras partes, por la 11. §. 1. se dispone: *Que si acaeciere, que el posseedor que fuere del dicho mayorazgo falleciere sin hijo, ni hija, ni nieto, ni nieta, ni otro descendiente varon, ni muger, è tuviere hermanos, o hermanas de padre, y de la madre de donde viniere el mayorazgo, o sobrinos, o sobrinas, e otros descendientes, hijos de tales hermanos, o hermanas, lo hereden los hermanos, o hermanas de dicho posseedor, o sus sobrinos hijos de tales hermanos, y sus descendientes, por aquella orden, y manera que està dicho, y dis-*

dispuesto en la sucession de los hermanos, y sobrinos del dicho Don Bernardino, hijo del Adelantado, en caso que falleciere en vida del dicho Adelantado sin hijos, o nietos, o otros varones legitimos descendientes por linea masculina.

175 Vnde, si la sucession de los hermanos, ò hermanas del posseedor, ò de sus sobrinos, y sus descẽdientes ha de ser por aquella orden, y manera que està dispuesto en la sucession de los hermanos, y sobrinos de Don Bernardino, hijo del Adelantado, *En el caso que dicho Don Bernardino falleciere en vida del dicho Adelantado su padre*, si por aver sobrevivido D. Bernardino al Adelantado huuiesse de caducar la substitucion de los hermanos, y sobrinos del susodicho, tambien caducara el llamamiento hecho en esta clausula 11. §. 1. de los hermanos, y sobrinos del posseedor de este estado, supuesto que estan llamados por aquella orden, que està dicho, y dispuesto en la sucession de los hermanos, y sobrinos del dicho Don Bernardino, en caso que fallezca en vida del Adelantado; quia quã do substitutiones sunt connexæ, catenatæ, subordinatæ, & a prima dependentes, tunc prima dissoluta, cæteræ dissipantur, Socin. cons. 62. n. 7. lib. 3. Paris. cons. 18. num. 7. & cons. 86. num. 5. lib. 2. plures relati per Casanate cons. 2. num. 35. & cons. 55. num. 7. vbi: *Quod prima substitutione ex defectu conditionis deficiẽte, integra totius vinculi structura deficit, & ita corruũt, & pereunt quæcumque substitutiones sub verbis relatiuis, vel sub alia qualibet diggressione ad plures gradus, comprehensa*, ex l. si mater, §. 1. ff. de vulg. Anchar. cõs. cons. 118. Ruin. Paris. Cravet. & alij plures relati per Casan. d. n. 7.

176 Y assi valiendose las otras partes para suceder de dicha Clausula 11. §. 1. es preciso reconocer, que las palabras de la vna Clausula, si muriere en nuestros

X dias,

dias, y de la otra, *si muriere D. Bernardino en vida del Adelantado*; se extienden, etiam ad casum quo supersvivat, sin que en caso de sobrevivir, se induzga, ni pueda considerar, que caducarō las substituciones hechas sub illa verborum forma, quæ magis ad effectum sucesionis, quam inducendi conditionem fuerunt probata.

177 Con mayor aprieto se reconoce esto mismo en la Clausula 12. en que se dispone: *Que si el posseedor del dicho estado falleciere sin dexar hijo, ni hija, ni otro descendiente por linea de varon, ni de muger, y sin dexar asimismo hermano, ni hermana de la parte de donde le vino el mayorazgo, sin dexar sobrino, ni sobrina, ni otro descendiente del tal hermano, ò hermana, si el tal posseedor dexare tios, o tias hermanos de su padre, ù de su madre de quien huvo el mayorazgo, ò primos, o primas, hijos de tales tios, o tias, y sus hijos, y hijas, y descendientes, vengan, y sean llamados al dicho mayorazgo por la misma orden, y forma, è manera, y sucession que està dicho, y dispuesto en la sucession de los hermanos, y hermanas del dicho D. Bernardino, en el caso q̃ el dicho D. Bernardino falleciere en vida del dicho Adelantado, sin dexar hijo, o nieto, o otro descendiente varon por linea masculina, segun dicho es, è poniendo los tios, y tias del posseedor en lugar de los hermanos, o hermanas de D. Bernardino y los primos, y primas, en lugar de los sobrinos del dicho D. Bernardino.*

178 Ex cuius tenore, si los tios, y tias del posseedor estan puestos para la sucesion deste estado, en lugar de los hermanos de Don Bernardino, y los primos, y primas del tal posseedor, en lugar de los sobrinos del dicho D. Bernardino, siendo (como es) cierto, que los hermanos de D. Bernardino estan llamados, sub illis verbis: *Si Don Bernardino muriere en vida del Adelãtado su padre*, si esta Clausula induxera condicion, taliter,

liter, que por aver sobrevivido al Adelantado, caducara la substitució de los hermanos, y sobrinos del dicho Don Bernardino, tambien en consequencia quedaran excluidas las partes contrarias de la sucessión deste estado, pues para suceder, dize esta Clausula: *Que se entiē dan puestos los tios, y tias en lugar de los hermanos de D. Bernardino, y los primos, y primas del tal posseedor, en lugar de los sobrinos del susodicho, en el caso que el dicho D. Bernardino falleciere eñ vida del Adelātado.*

179 De manera, que esta parte tiene à su favor el llamamiento expresso que le dà la fundación, en falta de descendientes varones por linea masculina del Adelantado: tiene calificado, que sin embargo que sobrevivio a los Fundadores, y que Don Bernardino de Cardenas su hijo sobrevivio al dicho Adelantado su padre, sucedieron su nieto del dicho Don Bernardino, y demas descendientes suyos varones por linea masculina, hasta el Duque D. Francisco de Cardenas; y que en esta forma se ha entendido la Clausula, *si muriere en vida*, vt extendatur, vel vt comprehendat, etiam casum quo supervivat: y que dicha observancia declarativa, de qualquiera duda que tuviera la dicha Clausula, *si muriesse en vida, o si muriere en nuestros dias*, en la materia de que se trata, es conforme a lo dispuesto por derecho.

180 Con que aviendo esta parte mostrado claramente su derecho, para la sucessión deste estado, en fuerça del llamamiento literal de las Clausulas de la fundacion, devian, y deven las partes del Duque de Avero, y Marques de Cañte, mostrar vn derecho claro exclusivo del llamamiento desta parte, y derogatorio de la obseruancia, con que se ha entendido en tantos sucessores la dicha Clausula, *si muriere en vida*; nā vbi quis suam intentionem concludenter probat, non sufficit adversario suam exceptionem præsumptivè

pro-

probare,sed debet illam pariter,& concludenter iustificare,Loterio de re benefic. tom.1.lib.2.q.2. nu.77. Rota recentior.decis.24.n.3.p.1. alias decisiones refert Posth.obseru.1.num.34.y tan fuera estan de mostrar este derecho claro, exclusivo del de esta parte, q̃ antes por las mismas Clausulas dela fundacion,de que se valen, estàn manifiestamente excluidos en la vacãte sucedida por muerte del Duque D. Francisco de Cardenas, y preferido el Conde de Miranda.

181 Ex quibus ad favorem Comitis de Miranda,in hoc iudicio tenutæ,pronunciari speramus.Salua censura,&c.

El Licenc.Don Luis de la Palma y Freytas.